

Forsøk og tilbaketreden fra forsøk

Kandidatnummer:

Veileder: Truls Dramer

Leveringsfrist: 25.11.2007

Til sammen 17998 ord

05.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Historikk og aktualitet	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Definisjoner	3
1.5	Det rettskildemessige bildet i oppgaven	5
1.5.1	Lovens ordlyd	5
1.5.2	Forarbeider	5
1.5.3	Rettspraksis	6
1.5.4	Juridisk Teori	6
1.5.5	Reelle hensyn	7
1.5.6	Hvordan brukes rettskildene i denne oppgaven	8
1.6	Den videre fremstillingen	8
<u>2</u>	<u>FORSØK</u>	<u>9</u>
2.1	Hva er forsøk	9
2.2	Når foreligger straffbart forsøk	10
2.2.1	Strl. § 49	10
2.2.2	Forarbeidene til strl. § 49	12
2.2.3	Hva kan utledes av strl. § 49, forarbeidene og teorien?	15
2.2.4	Rettspraksis om strl. § 49	16
2.3	Straffutmåling ved forsøk	19
2.3.1	Strl. § 51	19
2.3.2	Rettspraksis om strl. § 51	21

2.4	Kort om straffbare forberedelseshandlinger	23
2.5	Forsøk på strl. §§ 162, 192, 233 og 257, jfr. § 49.	24
2.5.1	Forsøk på strl. § 162	24
2.5.2	Forsøk på strl. § 192	29
2.5.3	Forsøk på strl. § 233	32
2.5.4	Forsøk på strl. § 257	34
<u>3</u>	<u>TILBAKETREDEN FRA FORSØK</u>	<u>38</u>
3.1	Hva er tilbaketreden	38
3.2	Når foreligger straffri tilbaketreden	39
3.2.1	Strl. § 50	39
3.2.2	Forarbeidene til strl. § 50	39
3.2.3	Andre følger av strl. § 50	42
3.2.4	Hva kan utledes av strl. § 50, forarbeidene og teorien?	43
3.2.5	Rettspraksis om strl. § 50	44
3.3	Tilbaketreden fra strl. §§ 162, 192, 233 og 257, jfr. § 50.	46
3.3.1	Tilbaketreden fra strl. § 162	47
3.3.2	Tilbaketreden fra strl. § 192	48
3.3.3	Tilbaketreden fra strl. § 233	49
3.3.4	Tilbaketreden fra strl. § 257	50
<u>4</u>	<u>KOMPARATIV RETT</u>	<u>53</u>
<u>5</u>	<u>DE LEGE FERENDA BETRAKTNINGER</u>	<u>56</u>
<u>6</u>	<u>NOEN ORD OM NY STRAFFELOV</u>	<u>59</u>
<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>61</u>
7.1	Oppsummering	61

8	<u>LITTERATURLISTE</u>	64
8.1	Bøker	64
8.1.1	Norsk litteratur	64
8.1.2	Utenlandsk litteratur	64
8.2	Artikler	65
8.3	Register over Forarbeider	65
8.4	Lovregister	66
8.5	Domsregister	67

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Tittelen på oppgaven er: "forsøk og tilbaketreden fra forsøk". Det er følgelig disse to begrepene og rettsstilstanden ved disse som er det sentrale temaet. Oppgaven vil primært konsentrere seg om rettsstilstanden de lege lata. I all hovedsak behandles den materielle jussen som berører forsøk og tilbaketreden her i landet, men også rettsstilstanden i noen av de andre nordiske land er kort nevnt. Dette for å belyse at det finnes forskjeller selv om vi beveger oss innenfor et snevert geografisk område. Avslutningsvis vil også de lege ferenda betraktninger vies en kort omtale.

Den sentrale problemstillingen i oppgaven kan kort beskrives slik: Hva er forsøk og tilbaketreden fra forsøk? Hva kreves eller hvilke vilkår må være oppfylt for at et forsøk skal være straffbart eller en tilbaketreden straffri? Eller sagt med andre ord for forsøkets vedkommende; hvordan trekkes grensen for det straffrie forberedelsesstadiet, det straffbare forsøket og den straffbare fullbyrdede handlingen.

I forlengelsen av dette er det naturlig å berøre kort hvordan straffbart forsøk straffes.

Videre vil oppgaven ta for seg de sentrale bestemmelser om forsøk og tilbaketreden som fremgår av strl.¹ §§ 49 (forsøk), 50 (tilbaketreden) og 51 (straffutmålingen). Det vil være nødvendig, ut fra hensynet til oppgavens helhet, å klarlegge hva som ligger i disse bestemmelsene.

Ellers har jeg forsøkt å ta for meg problemstillinger jeg mener er relevante i en fremstilling av forsøk og tilbaketreden, tatt i betraktning oppgavens omfang og karakter.

¹ Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven), 22. Mai 1902, nr.10.

1.2 Historikk og aktualitet

Forsøksansvaret har utviklet seg over lang tid i norsk rett. I et historisk perspektiv er det to ulike grunnsyn som har gjort seg gjeldende. Det subjektive grunnsyn som dominerte før kriminalloven av 1842 hvor man ikke hadde noen generell forsøksregel hjemlet i norsk rett, og det objektive grunnsyn som dominerte etter at loven ble til, og som således innvirket på den europeiske strafferettsteorien. Kort fortalt gikk det subjektive grunnsynet ut på at forsøksstraff kunne anvendes mot rent forberedende skritt til en straffbar handling, så lenge handlingen var resultat av et forbrytersk forsett. Det avgjørende var hva gjerningsmannen tenkte i sitt eget hode, hans subjektive forestilling. Det objektive ved handlingen var derfor likegyldig. Dette synet er fortsatt gjeldende rett i Danmark, noe jeg kommer tilbake til i kap. 4.

Det objektive grunnsynet derimot vektla mer det objektive ved handlingen. Det ble hevdet at det var de ytre rettskrenkelsene kriminalloven tok sikte på å ramme, og ikke selve den forbryterske viljen. Skulle et forsøk være straffbart måtte det derfor inneha noe av den fullbyrdede handlingens ytre preg over seg. Straffbart forsøk ble derfor etter dette grunnsynet definert som ”påbegynnelse av utføringen til en straffbar handling”. En slik snever definisjon av forsøksbegrepet må sees i lys av det strafferettslige legalitetsprinsippet, og hensynet til forutberegnligheten for borgerne som også gjaldt på den tiden. Definisjonen har imidlertid stadfestet seg og nå fått innpass i de fleste nye straffelover på kontinentet.²

Vi lever i en samfunnsutvikling med stadig økende fremvekst av alvorlig og organisert kriminalitet. Av den grunn blir kriminaliseringen av de rene forberedende handlinger og de såkalte forsøk et stadig viktigere tema.

I hvilken grad lovgiver og dermed rettstilstanden ønsker å møte og bekjempe slike handlinger er derfor en høyst aktuell juridisk og samfunnsmessig problemstilling, og dette er en av årsakene til mitt valg av oppgavetema.

² Husabø, Erling Johannes. Straffansvarets periferi, 1999 s. 275-276.

1.3 Avgrensninger

Oppgaven tar først og fremst sikte på å behandle forsøk og tilbaketreden fra forsøk de lege lata. Oppgavens omfang tillater ikke at alle sider ved en forsøkshandling og en tilbaketreden kan få plass. Dersom oppgaven skulle omhandle litt av alt ved dette temaet, mener jeg også at det ville gått utover andre viktige deler i oppgaven og på den måten ville oppgavens helhet blitt begrenset. Oppgaven avgrenses derfor til å omfatte det sentrale om forsøk og tilbaketreden. (Hva er forsøk? Når foreligger straffbart forsøk? Hvordan straffes forsøk? Hva er tilbaketreden? Når foreligger straffri tilbaketreden?). Videre vil jeg særlig ta for meg forsøk og tilbaketreden i henhold til noen av de mest tradisjonelle overtrådte straffebudene i strl., som er §§ 162 (narkotika), 192 (voldtekt), 233 (forsettlig drap) og 257 (tyveri). Forsøk på overtredelser av andre straffebud og tilbaketreden fra disse er dermed utelatt. Det samme gjelder forsøk i form av unnlatelse og forsøk på medvirkning. Prosessuelle spørsmål tilknyttet forsøk og tilbaketreden behandles heller ikke. Endelig, for enkelhets skyld, skilles det heller ikke mellom følge- og faredelikter.

1.4 Definisjoner

Før oppgaven tar form er det på sin plass med definisjoner av begreper innen det aktuelle tema.

Ved fullbyrdelse er alle de objektive elementene i et straffebud oppfylt. En person har eksempelvis ulovlig innført narkotika til landet (§ 162), hatt seksuell omgang ved bruk av truende atferd eller vold med en person som ikke har samtykket (§ 192), forsettelig drept et annet menneske (§ 233) eller stjålet en telefon fra en butikk i den hensikt å skaffe seg en uberettiget vinning (§ 257).

Med fullbyrdsforsett menes at gjerningsmannen har tenkt å gjennomføre en bestemt forsettlig forbrytelse. Man kan si at personen som er nevnt ovenfor hadde dette, dersom han hadde tenkt å smugle det narkotiske stoffet til Norge, tenkt å skaffe seg seksuell omgang med damen selv om hun ikke samtykket og selv om vold ble nødvendig, tenkt å ta livet av naboen innen en uke, eller stjele telefonen en av de nærmeste dagene.

Med forsøk menes at en straffbar handling ikke er fullbyrdet, det mangler derfor noe på den objektive siden. Det er likevel foretatt skritt (gjærne i form av forberedende handlinger) med det formål å påbegynne den straffbare handlingen.³ Personen som er nevnt ovenfor har for eksempel tatt med seg det narkotiske stoffet om bord i båten og er på vei mot norskegrensen, lokket med seg en dame inn på et rom, holder henne fast og river av henne klærne, gått til innkjøp av en pistol og legger seg på lur bak en busk i påvente av at naboen skal gå forbi eller lagt hånd på en ting, men enda ikke puttet den i lommen.

Straffri forberedelse innebærer at det er foretatt forberedende handlinger som ved forsøket over, men at de er straffrie.

Ved tilbaketreden tenkes at personen som skal til å begå en straffbar handling, trer tilbake fra den; enten frivillig avstår fra den forbryterske handling eller av fri vilje forebygger den følgen som ville innebære fullbyrdelse av forbrytelsen. Personen i eksemplet ombestemmer seg rett før han skal passere tollen i Norge og kaster stoffet, slipper damen fri da han innser alvoret i det han er i ferd med å gjøre, ombestemmer seg da han ligger på lur bak buskene og går hjemover eller legger tilbake det han har puttet i lommen i hyllen med en gang.

Hvorvidt et forsøk er straffbart innebærer med dette at det må trekkes en grense nedad mot den straffrie forberedelse og en grense oppad mot den fullbyrdede handlingen. Dette kommer jeg tilbake til senere under punkt 2.2.1.

³ Gisle, Jon. Jusleksikon, 1999 s. 100.

1.5 Det rettskildemessige bildet i oppgaven

1.5.1 Lovens ordlyd

Lovteksten er det naturlige utgangspunkt i norsk rett. Dette gjelder særlig innenfor strafferetten, hvor vi er i legalitetsprinsippets kjerneområde. Ingen kan straffedømmes uten hjemmel i lov. Dette følger av grunnloven⁴ § 96: ”Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom. Pinligt Forhør maa ikke finde sted.”

Det er den naturlige språklige forståelsen av ordlyden som legges til grunn. Det er ikke alltid dette gir noen pekepinn på hvordan bestemmelsen bør tolkes.

Lovgivningsteknikken i Norge kjennetegnes ved at svært mange lover har en generell utforming med skjønnsmessige ord og uttrykk. Grunnen til dette er at lovene ofte skal virke over et langt tidsrom og at de innholdsmessige lett bør kunne endres med samfunnsoppfatningen og utviklingen ellers. Det er derfor hensiktsmessig med generelle formuleringer. Likevel fører dette til at det ofte kan bli vanskelig å klarlegge innholdet i en rettsregel ved bare å se hen til ordlyden. Det blir derfor vanligvis nødvendig å ta flere rettskildefaktorer i betraktning.

1.5.2 Forarbeider

Forarbeider er en rettskildefaktor som vanligvis tillegges vesentlig vekt i norsk rett. Dette har sammenheng med det subjektive fortolkningsprinsipp, som går ut på at man skal finne frem til det lovgiver har ment, og således vise lojalitet ovenfor lovgiver i tolkningsprosessen. Nye forarbeider vil som regel ha større vekt en eldre. I denne oppgaven vil strl. av 1902 være den sentrale, og forarbeidene vil derfor fortsatt ha en viss relevans selv om de er gamle, siden nye ennå ikke har kommet til.

⁴ Grunnloven, 17. Mai 1814.

Den nye strl. av 2005 er ennå ikke trådt i kraft, slik at forarbeidene til denne loven ikke vil kunne tas i betraktning i denne oppgaven.

1.5.3 Rettspraksis

Rettspraksis er en svært sentral rettskildefaktor ved tolkningsprosessen i norsk rett.

Dels fordi praksis gir uttrykk for gjeldende rett på området. Dette skjer ved at praksis kan endre rettsstilstanden i tråd med samfunnsutviklingen og forholdene ellers, ved at de utfyller gjeldende rett eller ved at de skaper ny rett i de såkalte rettsomme rom. Dels fordi den på strafferettens område må ta i betraktning likhetsprinsippet. Likhetsprinsippet innebærer at handlinger med omtrent samme grad av straffverdighet skal bedømmes noenlunde likt.⁵

Videre vil nyere avgjørelser være av større betydning enn eldre, og avgjørelser fra Høyesterett vil telle mer enn avgjørelser fra underinstansene. Det er utvilsomt avgjørelsene fra Høyesterett som er de mest sentrale i norsk rett, jfr. prejudikatslæren som går ut på at avgjørelsen er et mønster som det som regel er aktuelt å følge.⁶

1.5.4 Juridisk Teori

Det er diskutert hvor mye vekt juridisk teori har i den norske rettskildelæren.

Utgangspunktet er imidlertid at denne rettskildefaktoren i seg selv har liten vekt.

Teorien redegjør oftest for gjeldende rett ved å oppsummere og tolke de andre rettskildefaktorene, og gir således en oversikt over rettsstilstanden. I den grad en slik fremstilling gir uttrykk for en allmenn oppfatning, vil rettskildefaktoren kunne ha noe rettskildemessig vekt. Men er fremstillingen i hovedsak basert på forfatterens egne synspunkter, tolkninger og de lege ferenda betraktninger, vil ikke rettskildefaktoren ha noe særlig relevans.

⁵ Eskeland, Ståle. Strafferett, 2.utg. 2006 s. 57.

⁶ Eckhoff, Torstein. Rettskildelære, 5.utg. ved Jan Helgesen 2001 s. 159 flg.

På strafferettens område kan man imidlertid få en oppfatning om at juridisk teori har noe større vekt som selvstendig rettskildefaktor. Det er ikke sjelden Høyesterett viser til anerkjente forfattere i sine begrunnelser. Johs Andenæs kan her nevnes som eksempel. Hans fremstilling av forsøkslæren⁷, deriblant forsøkets øvre og nedre grense, er blant de referanser Høyesterett hyppig har brukt.

1.5.5 Reelle hensyn

Denne rettskildefaktoren har vanligvis liten selvstendig vekt. Den våkner som regel til liv når man ikke har andre rettskildefaktorer av høyere rang å støtte seg på. Det er også en alminnelig oppfatning at reelle hensyn har mindre vekt i strafferetten enn ellers. Dette har sammenheng med rettsikkerheten og forutberegnligheten til borgerne å gjøre. De skal kunne forutberegne sin rettsstilling uavhengig av hva rimelighetsbetraktningene skulle tilsi. Lovskravet i grl. § 96 setter også begrensninger for hvor mye selvstendig rettskildemessig vekt reelle hensyn kan ha. Man kan ikke straffedømme en person ut fra rimelighetsbetraktninger, men må ha hjemmel og klar forankring i lov. Dette betyr likevel ikke at rettskildefaktoren nesten aldri blir brukt. Det finnes situasjoner hvor den vil ha relevans. Den kan for eksempel være aktuell når de andre rettskildefaktorene trekker i hver sin retning og hvor målet er, som alltid, å finne frem til det rimeligste og beste resultatet. Videre vil den kunne ha relevans ved vurderingsnormer som for eksempel ”særdeles skjerpene omstendigheter”.

⁷ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg. 2004, kap. 33.

1.5.6 Hvordan brukes rettskildene i denne oppgaven

Rettskildefaktorene som her er nevnt, vil ha stor betydning i oppgaven. Dette gjelder særlig lovtekst, rettspraksis og juridisk teori. Lovteksten er det naturlige utgangspunktet. Men siden loven er gammel og forarbeidene til en viss grad vage, er det helt nødvendig å legge vesentlig vekt på rettspraksis. Det er først og fremst her begrepene forsøk og tilbaketreden har fått sitt innhold og hvor grensene har blitt trukket opp. Juridisk teori er også av stor interesse i en oppgave som denne. Meningen med en masteroppgave er ikke at man skal komme med noe revolusjonerende nytt, men at man skal skrive om et rettsområde man er interessert i. Juridisk teori blir da en svært viktig kilde.

1.6 Den videre fremstillingen

Kapittel 2 omhandler forsøk. Her vil jeg si noe om hva forsøk er, når det foreligger et straffbart forsøk, straffutmålingen, noe om de straffbare forberedelseshandlingene og når det foreligger forsøk på henholdsvis strl. §§ 162, 192, 233 og 257.

Kapittel 3 omhandler tilbaketreden fra forsøk. Her vil det fremgå hva som er tilbaketreden og når tilbaketreden foreligger både generelt og fra strl. §§ 162, 192, 233 og 257.

I kapittel 4 behandles komparativ rett. Her foretas en sammenligning av rettsstilstanden mellom Norge, Sverige, Danmark og Finland.

I kapittel 5 fremgår noen de lege ferenda betraktninger. Kapittel 6 inneholder noen ord om ny straffelov. Endelig oppsummeres oppgaven avslutningsvis i kapittel 7.

2 Forsøk

2.1 Hva er forsøk

Ved en fullbyrdet handling er alle de objektive elementene i et straffebud oppfylt, som regel også de subjektive.

Det er ikke noe som gjenstår, handlingen er fullført i sitt hele. En person er drept, en dame voldtatt, et parti narkotika er innført fra Danmark til Norge, en tyv har stjålet en datamaskin i den hensikt å skaffe seg en uberettiget vinning.

Annerledes er det ved forsøk, her vil det være noe som gjenstår. Selve kjernen i det straffbare forsøket er at det mangler noe på den objektive siden, gjerningsinnholdet i straffebudet er ikke oppfylt. Det helt karakteristiske for forsøk er at gjerningsmannens forestillinger og planer rekker lengre enn de handlinger han har foretatt seg utad. Man sier gjerne at gjerningsmannen vil, men får det ikke til⁸.

A skyter for eksempel mot B, men bommer. Kvinnen unngår voldtekten fordi gjerningspersonen får en legemlig svikt idet han skal foreta handlingen.

Narkotikasmugleren blir oppdaget idet han passerer tollene. Tyven blir oppdaget idet han er i ferd med å stjele. I alle disse tilfellene er det utvilsomt at gjerningsmannen prøver å begå en straffbar handling, men at han ikke lykkes.

Det kan være ulike årsaker til at gjerningsmannen ikke fullbyrder handlingen og derfor aldri kommer lenger enn til forsøksstadiet. Det kan være ytre omstendigheter som ligger utenfor hans kontroll, for eksempel når han blir oppdaget. Planen holdt kanskje ikke mål, slik at gjennomføringen ble vanskeliggjort, eller han fikk kalde føtter, innså alvorret og avbrøt handlingen.

⁸ Haaheim, Sjak. Straffe! 1.utg. 2005 s. 158.

2.2 Når foreligger straffbart forsøk

2.2.1 Strl. § 49

Strl. § 49 lyder:

”Strafbart Forsøk foreligger, naar en Forbrydelse ei er fuldbyrdet, men der er foretaget Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt.
Forsøg paa Forseelse er ikke strafbart”.

Ut fra ordlyden er det nærliggende å tolke det slik at en straffbar handling må være påbegynt, men ikke fullført, jfr. ”naar en Forbrydelse ei er fullbyrdet” og ”hvorved dens (forbrytelsens) udførelse tilsigtedes paabegyndt”.

Dette skulle bety at når forbrytelsen er fullbyrdet, er forsøksstadiet overskredet.

Bestemmelsen fastsetter dermed en øvre grense for det straffbare forsøket. Har lovbrysteren gjort alt det straffebudet krever (de objektive vilkår er oppfylt), er handlingen fullbyrdet og man befinner seg ikke lenger på forsøksstadiet.

Gjerningspersonen må også ha bestemt seg for å utføre en handling, jfr. ”men der er foretaget handling”. En sier gjerne at tankene til gjerningsmannen må ha manifestert seg i det ytre.

Videre er det naturlig å tolke ordlyden i den retning at de rene forberedende handlingene er straffrie, jfr. ”hvorved dens udførelse tilsigtedes paabegyndt”.

Etter en naturlig språklig forståelse tolkes utførelse her som motsetning til forberedelse. For at det skal foreligge et straffbart forsøk må derfor forberedelsenes tid være over, og forbrytelsens utførelse være påbegynt med det forsett å fullbyrde den, jfr. ”tilsigtedes”.

Det betyr at loven også oppstiller en nedre grense for det straffbare forsøket. Befinner man seg på forberedelsesstadiet, foreligger da ikke straffbart forsøk.

Dette til forskjell fra flere andre land, som går lenger i å ramme forberedelser enn vi gjør, noe jeg kommer tilbake til senere i kap. 4.

Endelig følger det indirekte av ordlyden at det kun er forsøk på forbrytelser som er straffbare, jfr. "naar en Forbrydelse ei er fullbyrdet". Det samme følger motsetningsvis av bestemmelsens 2. ledd "Forsøg på Forseelse er ikke straffbart".

Forbrytelsene er de handlingene som omhandles i strl. del 2.

Det karakteristiske for skillet mellom forseelser og forbrytelser er at forseelsene er lovovertrедelser av mindre alvorlig art og mer bagatellmessige enn forbrytelsene. Det fremgår eksempelvis av strl. § 2 at dersom det motsatte ikke er bestemt, er straffbare handlinger som omhandles i andre lover, forbrytelser hvis de kan medføre fengsel i mer enn tre måneder eller fradømmelse av offentlig tjeneste som hovedstraff.

En forseelse er derfor ikke så straffverdig som en forbrytelse, og lovgiver har derfor ikke ønsket å straffe forsøk på forseelsene, dersom det ikke særskilt følger av spesiallovgivningen, jfr. strl. § 1. Et eksempel er toll⁹. § 60 om smugling.

Bestemmelsen fastsetter at forsøk på overtredelse av lovens §§ 61-65 (forseelser), er straffbart. Lovgiver har her gitt særskilt hjemmel til å gjøre forsøk på smugling straffbart.

Denne øvre og nedre grensen for det straffbare forsøket kan illustreres slik¹⁰:

Den nedre grensen		Den øvre grensen
Straffri forberedelse	Straffbart Forsøk	Fullbyrdet handling
	X	X
	Forsøkspunktet	Fullbyrdelsespunktet

⁹ Tolloven, 10. Juni 1966, nr. 5.

¹⁰ Slettan, Svein & Øie, Toril Marie. Forbrytelse og straff, Oslo 2001 s. 78.

Ut fra en slik tolkning av lovens ordlyd som jeg ovenfor har foretatt, oppstilles et vilkår om at tiltalte må ha begynt på selve den handlingen som straffebudet beskriver. Forsøk på tyveri ville da ikke foreligge før gjerningsmannen var begynt å ”bortta” tingen og forsøk på voldtekt skulle ikke foreligge før gjerningsmannen var begynt på den ”seksuelle omgangen”¹¹.

Hensynet til straffverdigheten tilsier at det ikke er heldig å trekke en så snever grense om forsøksbegrepet. Det vil fortsatt være straffverdig (i noe mindre grad) om gjerningsmannen drar med seg voldtektsofferet inn på rommet, river av henne klærne, binder henne fast og sprer hennes ben, for så å bli avbrutt, så lenge han i sitt hode tenker å fullbyrde handlingen. Her har gjerningsmannen ikke begynt på den seksuelle omgangen, men handlingen anses likevel for å være straffverdig, og bør av den grunn få en reaksjon.

2.2.2 Forarbeidene til strl. § 49

Det fremgår av forarbeidene til § 49¹² at lovgivers mening heller ikke har vært å trekke en slik trang grense for forsøksbegrepet. Der uttales at det avgjørende ikke er hvorvidt handlingen er påbegynt eller ikke. Hvor mye som skal til for at det foreligger et straffbart forsøk, beror på en tolkning av det enkelte straffebud. Det er derfor en totalvurdering av handlingens ”forbryterske karakter” (dens straffverdighet), som er avgjørende. Gjeldende rett er følgelig at forsøk kan være straffbart, selv om gjerningsmannen ikke har påbegynt selve handlingen.

Forarbeidene nevner også eksempler på teori som oppstiller forslag til veiledende regler for hvordan grensen bør trekkes. Haagerup anfører for eksempel at det avgjørende må være

¹¹ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg. 2004 s. 347.

¹² NOU 1983:57 under overskriften ”oversikt over gjeldende rett”.

”om handlingen, naar den forbryderske virksomhed sees i sin sammenhæng og i lys av samtlige ledsagende omstændigheder, giver tilkjende at gjerningsmanden nu gaar lige løs paa et forbrydersk maal”¹³.

Haagerup hevder altså at den forbryterske virksomheten må bedømmes i sin helhet, og at forbrytelsens enkelte akter må bedømmes i sin innbyrdes sammenheng. Det avgjørende blir da om et bestemt forbrytersk forsett har åpenbart seg gjennom handlinger som utvilsomt peker mot et forbrytersk mål.

Andenæs hevder det samme med litt andre ord ”Gjerningsmannens opptreden må vise at nå er forberedelsenes og overveielsenes tid forbi, nå skrider han til verket”¹⁴.

Han mener derfor at dersom gjerningsmannens opptreden viser at han nå forlater forberedelsene og overveielsene, og går mot det forbryterske mål, er grensen for det straffrie forberedelsesstadiet passert.

Videre støttes tolkningen ovenfor av lovens ordlyd ”tilsiktetes” i forarbeidene; det må foreligge fullbyrdelsesforsett hos gjerningsmannen. For at gjerningspersonen skal kunne straffes for forsøk må lovbryteren ha utvist forsett. Vanlig forsett er nok, det kreves ikke kvalifisert forsett i form av hensikt. Uaktsomt forsøk er derimot ikke straffbart.

Gjerningsmannen må ha fattet sin beslutning, han må ha bestemt seg for å foreta den handlingen som er beskrevet i straffebudet. Dette uttrykkes gjerne slik at gjerningspersonens forsett må dekke alle de objektive momenter i straffebudet.

Dette er et absolutt vilkår. Det hjelper ikke at gjerningsmannen har kommet svært nær fullbyrdelsen av forbrytelsen. Foreligger ikke fullbyrdelsesforsett, kan han ikke straffes for forsøk.

For eksempel kan ikke tyven straffes for forsøk på tyveri dersom det er hans tanke å aldri fullføre et tyveri. Det samme gjelder gjerningsmannen som dro med seg kvinnen inn på rommet bare for å skremme henne, han kan ikke straffes for forsøk på voldtekt.

¹³ NOU 1983:57 under overskriften ”straffelovgivningen under omforming” syvende avsnitt.

¹⁴ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg. 2004 s. 347.

På den annen side kan tyven straffes for forsøk på tyveri dersom han forsøker å stjele noe fra en tom lomme i vinnings hensikt, med den tanke i hodet at tyveriet skal fullbyrdes. Dette kalles utjenelig forsøk. Forsøket kan ikke føre til målet¹⁵, lommen var jo tom. Så lenge tyven har fullbyrdelsesforsett og vinnings hensikt (som i tillegg kreves for tyveri), endrer det ikke noe fra eller til at forsøket er utjenelig. Det er like fullt et straffbart forsøk. Dette er en konsekvens av det subjektive forsøksprinsippet, som går ut på at det avgjørende er hva gjerningsmannen tenker i sitt eget hode.

Atskilt fra utjenelige forsøk må holdes såkalte imaginære eller putative forbrytelser¹⁶. Dette er en innbilt forbrytelse. Gjerningsmannen foretar en handling han uriktig tror er straffbar. Han har for eksempel samleie med sin brordatter i den uriktige tro at det er straffbart. Han befinner seg derfor i positiv rettsvillfarelse. Selv om viljen til å bryte loven er tilstede, kan ikke gjerningsmannen straffes verken for forsøk eller fullbyrdet forbrytelse, fordi handlingen ikke rammes av noe straffebud, jfr. lovskravet i grl. § 96.

Videre er det også gjerne slik at gjerningsmannen har fullbyrdelsesforsett, for eksempel i forhold til strl. § 233 om forsettlig drap, men ikke får fullbyrdet forbrytelsen fordi han blir avbrutt. Det er da på det rene at det foreligger straffbart forsøk. Samtidig kan handlingen han foretok seg være en fullbyrdet mindre forbrytelse i henhold til et annet straffebud, for eksempel legemsbeskadigelse i strl. § 229. Dette kalles kvalifisert forsøk¹⁷.

Fullbyrdelsesforsettet angår altså gjerningsmannens subjektive forestillinger. Det er tankene i gjerningsmannens hode som er avgjørende. Har han bestemt seg for å fullbyrde handlingen foreligger fullbyrdelsesforsett, og straffbart forsøk foreligger, dersom det mangler noe på den objektive siden, og det som er utført ikke anses for å være forberedelseshandlinger. Dette uttrykkes gjerne slik at ved straffbart forsøk er de subjektive vilkårene for straff oppfylt, men det mangler noe på den objektive siden.

¹⁵ Bratholm, Anders. Strafferett og samfunn 2.opplag 1987 s. 336.

¹⁶ Bratholm, Anders. Strafferett og samfunn 2.opplag 1987 s. 338.

¹⁷ Mæland, Henry John. Innføring i alminnelig strafferett, 3.utg. Bergen 2004 s. 74.

Grunnen til at lovgiver har satt et vilkår om fullbyrdelsesforsett, er at det er ønskelig å belegge den onde handling og vilje med straff. Så lenge gjerningsmannen har fullbyrdelsesforsett, anser man det for å være mer straffverdig enn om han ikke har dette, meningen er jo da at forbrytelsen skal fullføres. Det er da også rimelig at slike handlinger får en reaksjon.

Hvorvidt gjerningsmannen har fullbyrdelsesforsett, kan selvfølgelig by på bevismessige vanskeligheter, men dette går jeg ikke nærmere inn på her.

2.2.3 Hva kan utledes av strl. § 49, forarbeidene og teorien?

Det som kan utledes av lovteksten, forarbeidene og de veiledende reglene som er oppstilt i teorien, er at den øvre grensen er mer eller mindre uproblematisk. Er de objektive vilkårene i straffebudet oppfylt, er også handlingen fullbyrdet og dermed den øvre grensen for det straffbare forsøket overskredet. Annerledes stiller det seg med den nedre grensen. Den er vanskeligere å trekke, fordi man ikke har noen faste kriterier å gå ut fra.

Riktignok er det klart at de rene forberedelseshandlingene er straffrie. Gjerningsmannen vil utvilsomt befinne seg på det straffrie forberedelsesstadiet hvor han kun har anskaffet redskaper, foretatt undersøkelser på åstedet, kontaktet sine venner med forespørsel om å delta i handlingen, kartlegge ofrene eller gjort seg kjent geografisk i det aktuelle området hvor handlingen vil finne sted. Slike forberedelser har lovgiver ikke ønsket å belegge med straff, først og fremst fordi de ikke gir et tilstrekkelig uttrykk for en fast forbrytersk vilje.

Det kan forekomme at gjerningsmannen leker med tanken om å begå et drap, og treffer visse forberedelser, uten at han har fattet noen beslutning om virkelig å begå drapet. Skulle en slik beslutning likevel være tatt, er det usikkert om den vil manifestere seg når det kommer til utførelsen.

Peer Gynt har uttalt: ”Ja, tenke det; ønske det; ville det; - men gjøre det! Nei, det skjønner jeg ikke!”¹⁸.

En annen grunn til at lovgiver ikke har ønsket å belegge de rene forberedelseshandlinger med straff er at slike sjelden kommer til politiets kunnskap, og at de derfor ikke har noen betydning for strafferettspleiens effektivitet.

Mellom de rene forberedelseshandlingene og det klare straffbare forsøket, vil det være rom for atskillig tvil, til tross for at forarbeidene og teorien gir en viss veiledning.

Hvordan skal man for eksempel bedømme situasjonen der gjerningsmannen har lokket med seg offeret et sted med det forsett å foreta seksuell omgang med det, men så blir avbrutt av en tredjemann? Og hvordan bedømmer man situasjonen der gjerningspersonen sonderer et område iført en underlig bekledning, bærer ildspåsettelsesgjenstander og oppbevarer bensin i bilen?

I begge disse tilfellene gjenstår ikke mye før den seksuelle omgangen eller ildspåsettelsen er fullbyrdet, likevel er ikke de viktige handlingene som vil føre til målet påbegynt.

Gjerningsmannen har ikke påbegynt den seksuelle omgangen og heller ikke utøvet vold eller truende atferd. Han har heller ikke helt bensin utover eller tent på.

Foreligger da straffri forberedelse eller straffbart forsøk?

2.2.4 Rettspraksis om strl. § 49

Rettspraksis gir en god veiledning på de tvilsomme spørsmålene. Det er først og fremst her forsøksbegrepet har fått innholdsmessig verdi, ved at grensen nedad mot de straffrie handlingene er blitt trukket.

¹⁸ Andenæs, Johs. Alminnelig straffrett, 5.utg. 2004 s. 347.

En meget sentral dom, som Høyesterett har vist til i senere saker er Rt. 1939 s. 890¹⁹ (Loft-kjennelsen). Ved å gi å en fem år gammel pike sjokolade og love henne to kroner, hadde tiltalte lokket henne med seg opp på et loft, med det forsett å foreta utuktige handlinger med henne. Gjerningsmannen ble imidlertid forhindret fra å ta piken med seg inn på loftsværelset, av en tredjemann. Spørsmålet var om tiltalte kunne dømmes for forsøk på utuktig handling (tidligere strl. § 212 annet ledd, nå § 200). Høyesterett uttaler: ”Tilstrekkelig til straffbart forsøk er når tiltaltes opptreden er kommet så langt frem mot forbrytelsens utførelse at det ikke reiser sig grunnet tvil om at han i umiddelbar forbindelse med de allerede utførte handlinger vilde ha bragt forbrytelsen til utførelse hvis han ikke var blitt hindret ved tredjemanns inngripen”. Tiltalte ble dømt for forsøk på utuktig handling.

Det avgjørende blir derfor om gjerningsmannen har foretatt seg noe som er ment å lede direkte til utføringen, eller med andre ord det tidsmessige aspektet. Foreligger det særlig tidsmessig nærhet mellom den handlingen som er foretatt og fullbyrdelse av handlingen, vil det være et sterkt moment som taler for at forsøket er straffbart.

I en nyere dom, Rt. 1991 s. 95²⁰ (Brevsjekker-kjennelsen) synes også tidsmomentet å ha fått avgjørende betydning. Tiltalte hadde stjålet et stort antall sjekker og fylt de ut med falske underskrifter. Målet var å sette sjekkene inn på 140 bankkonti. Han hadde pr. brev anmodet banken om å opprette konti, men hadde ikke fått kontonumrene ennå da han ble pågrepet. Spørsmålet var om dette var forsøk på grovt bedrageri (strl. § 271, jfr. § 270). Tiltalte ble dømt. Det ble lagt vekt på at de forberedende handlingene her var omfattende, men det avgjørende synes igjen å være at handlingen som ble utført lå så nær i tid og karakter opp til selve fullbyrdelsen av bedragerihandlingen, at grensen for det straffrie måtte være passert.

¹⁹ Rt. 1939 s. 890.

²⁰ Rt. 1991 s. 95.

Videre syntes den psykologiske forskjellen mellom det gjerningsmannen alt har gjort, og det som gjenstår for at forbrytelsen skal være fullbyrdet, å ha fått vesentlig vekt i Høyesteretts praksis.

I Rt. 1995 s. 17²¹ (Parykkpyroman 1) hadde tiltalte planer om å foreta en ildspåsettelse. Han parkerte sin bil utenfor et lokale. Han sonderste området, iført en parykk og bar en stor fyrstikkeske i lommen. I bilen hadde han en kanne bensin. Her ble tiltalte frifunnet for forsøk på skadeverk (strl. § 291). Høyesterett viste til Rt. 1939 s. 890 (Loft-kjennelsen) og uttalte at det var foretatt ”flere forberedende handlinger, men at viktige handlinger, både fysisk og psykisk, gjensto. Han måtte skaffe seg adgang til lokalet, han måtte helle bensin utover, og han måtte tenne på”. Grensen for straffri forberedelse var da ikke overskredet.

Annerledes ble det i Rt. 1996 s. 766²² (Parykkpyroman 2). De tiltalte hadde rekognosert på stedet en tid i forveien. De hadde også anskaffet seg en bil ved bilbrukstyveri. De hadde i den hensikt å foreta et ran, parkert bilen utenfor personalinngangen til et kjøpesenter i påvente av at ransofferet skulle komme ut. De stod ute, med oppmerksomheten vendt ned i motorrommet, og lot som de hadde problemer. Begge hadde maskert seg. Den ene med sminke og parykk og den andre holdt en uladd avsaget hagle innen for kappen. De hadde også hver sin boks med tåregass. Utenpå bar de begge yttertøy, som de senere skulle kaste av seg. De ble oppdaget av politiet, ransaket og pågrepet. Spørsmålet var om det forelå forsøk på ran (strl. § 267). De tiltalte ble dømt for dette. Høyesterett la vekt på at det var ”en slik nærhet i tid fra det som var foretatt til selve ranshandlingen måtte forventes å skje, og en så liten psykologisk forskjell mellom det som var gjort og det som stod igjen, at grensen for straffri forberedende handling her må anses å være overskredet”.

Tidsmomentet, som praksis i lang tid har lagt vekt på, blir igjen avgjørende. I tillegg forelå det heller ingen psykologisk barriere for de tiltalte mot å utføre handlingen. Straffbart forsøk ble derfor resultatet.

²¹ Rt. 1995 s. 17.

²² Rt. 1996 s. 766.

Når handlingen ikke tidsmessig befinner seg i nærheten av fullbyrdelsen av forbrytelsen og det fysiske og psykiske gjenstår mye før fullbyrdelse finner sted kan grensen for det straffrie altså ikke anses overtrådt. Tidsmomentet og den psykologiske forskjellen som gjenstår er momenter som nærmest har gått som en rød tråd gjennom praksis i mange år og har i stor grad trukket opp grensene for den straffrie forberedelse og det straffbare forsøket. Jeg kommer tilbake til flere av disse dommene der forsøk på de enkelte straffebud behandles i punkt 2.5 følgende.

2.3 Straffutmåling ved forsøk

2.3.1 Strl. § 51

§ 51 lyder:

”Forsøg straffes mildere end den fuldbyrdede Forbrydelse; straffen kan nedsættes under det for denne bestemte Lavmaal og til en mildere strafart.

Den for den fuldbyrdede Forbrydelse bestemte høieste straf kan anvendes, saafremt Forsøget har medført nogen Følge, der, om den havde ligget indenfor den skyldiges Forsæt, kunde have berettiget til Anvendelse af en saa høi straf”.

Det følger av ordlyden at forsøk skal straffes mildere enn en fullbyrdet forbrytelse, jfr. ”straffes mildere”. Maksimumsstraffen som fremgår av straffebudet, kan derfor aldri anvendes ved forsøk. Dette gjelder uansett om det er rene tilfældigheter som er årsaken til at forbrytelsen ikke er fullbyrdet²³. Det finnes imidlertid enkelte unntak fra denne hovedregelen²⁴.

²³ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg. 2004 s. 356.

²⁴ Jussens venner 1985 hefte 4 s.139 av Helge Røstad.

Etter strl. § 100 (drap på kongen) skal forsøk straffes likt med den fullbyrdede handlingen. Strl. §§ 148 annet ledd (volde ildebrann o.l.), 150 tredje ledd (fremkalle fare som nevnt i § 148) og 151 a siste ledd (kapring) stadfester at forsøk kan straffes likt med fullbyrdet forbrytelse. Etter strl. § 234 (barnedrap) siste ledd kan forsøk lates straffritt, såfremt barnet ikke er tilføyd betydelig skade. Enkelte unntak finnes også i spesiallovgivningen, eksempelvis viltl²⁵. § 56 (straffregler for overtredelse av reglene i viltl.), som i likhet med de andre unntakene i spesiallovgivningen, fastsetter at forsøk straffes likt med fullbyrdet overtredelse.

Etter ordlyden i bestemmelsens første ledd er det naturlig å tolke det slik at bare forsøk på forbrytelser straffes mildere. Det er imidlertid sikker rett at den må tolkes utvidende når også forsøk på forseelser er straffbart²⁶. Straffen bør ikke være strengere når straffverdigheten er mindre, hvilket er tilfellet for forsøk på forseelsene, som unntaksvis er straffbare.

Videre følger det av ordlyden i første ledd annen setning at straffen kan settes under det lavmål som er fastsatt i vedkommende straffebud og til en mildere straffart. Det vil i praksis si bot istedenfor fengselsstraff. Det betyr at selv forsøk på den groveste forbrytelse kan straffes med en liten bot. I praksis vil adgangen til å nedsette straffen under lavmålet få størst betydning der straffebudet har en høy minstestraft, eksempelvis strl. § 233. Minstestraften er der seks år, men av praksis fremgår det at forsøk på forsettlig drap ofte straffes betydelig lavere.

Bestemmelsens annet ledd gir adgang til å anvende maksimumsstraffen for den fullbyrdede forbrytelse, dersom forsøkshandlingen medfører uforsettlige følger som anses å være like alvorlige som dem gjerningsmannen tok sikte på å fremkalle²⁷.

²⁵ Viltloven, 29. Mai 1981, nr. 38.

²⁶ Slettan, Svein & Øie, Toril Marie. Forbrytelse og straff. Oslo 2001, s. 82.

²⁷ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg., 2004 s. 357.

Det er ifølge forarbeidene og teorien²⁸ to forskjellige slags tilfeller som omfattes. Det første tilfelle er de såkalte feiltreff (aberratio ictus). Ved feiltreff prøver eksempelvis A å ta livet av B, men ved en tilfeldighet er det B's datter som blir drept.

Det er i slike tilfeller ingen grunn til å nedsette straffen fordi offeret tilfeldigvis ble et annet. Handlingen er like straffverdig selv om det er B's datter som dør, fordi gjerningsmannens forsett var å drepe.

Det andre tilfelle som omfattes er hvor den uforsettlige følge av handlingen er av en helt annen art enn den gjerningsmannen tenkte seg (straffskjerpelses forhold). A forsøker ved et slag å legemsfornærme B, men bommer og feier ned en kostbar krystallgjenstand som knuses i gulvet (strl. § 291, skadeverk).

Ifølge § 51 annet ledd kan lengstestrafen for fullbyrdet legemsfornærmelse (strl. § 228) her anvendes. Lengstestrafen for skadeverk (strl. § 291) er nemlig høyere enn for legemsfornærmelse (ett år mot seks måneder), og kan av den grunn ikke komme til anvendelse. A's forsett var jo å legemsfornærme B. En handling som medfører fengsel inntil seks måneder, ikke et år.

2.3.2 Rettspraksis om strl. § 51

En meget sentral dom som illustrerer straffskjerpelsen etter § 51 annet ledd ved feiltreff (aberratio ictus) er omtalt i Rt. 1951 s. 498²⁹ (Konfekt-mord dommen).

Tiltalte, en lærerskoleelev, ønsket livet av en medstudent, og sendte han en eske konfekt. Konfekten var fylt med arsenikk. Medstudenten delte konfekten med noen venner.

Alle, inkludert han selv, ble alvorlig forgiftet og den ene døde. Spørsmålet var om tiltalte kunne dømmes for forsøk på overlagt drap (strl. § 233) av medstudenten, og med henvisning til § 51 annet ledd, for den dødes vedkommende. Vedkommende ble dømt, og Høyesterett skjerpet straffen til 15 års fengsel.

²⁸ Bratholm, Anders. Straffrett og samfunn. 2.opplag 1987 s. 340.

²⁹ Rt. 1951 s. 498.

Tiltalte sendte konfektesken med det fullbyrdelsesforsett å drepe sin medstudent. Da handlingen ikke traff slik den skulle, endrer det ikke straffverdigheten at det i stedet var en annen som døde. Den uforsettlige følgen som her inntraff var like alvorlig som den opprinnelige tenkte forsettlige følgen, og § 51 annet ledd hjemler da adgang til å ilegge den høyeste straff for den forbrytelsen som er fullbyrdet.

En annen kjennelse som illustrerer det samme, er inntatt i Rt. 1950 s. 2³⁰ (Hovind-drapet). Tiltalte ønsket livet av sin nabo, som var elskerinnens ektemann. Han arrangerte et sprengstoffattentat. Ved rene tilfældigheter var det naboens lille datter som ble drept. Det faktum at planen mislyktes, endret ikke straffverdigheten av handlingen. Tiltalte hadde drapsforsett mot naboen, og ble dømt for forsøk på drap og for fullbyrdet drap (strl. § 233).

Etter min mening er den subsumsjonen Høyesterett her foretok kritikkverdig. Det ville vært mer naturlig ut fra lovens ordlyd, forarbeider og rettspraksis, som gir uttrykk for gjeldende rett, og subsumert forholdet under strl. § 233, jfr. § 49 (forsøk på drap) slik det ble gjort, men med anvendelse av straffskjerpelsesregelen i strl. § 51 annet ledd. Det var, etter min mening, feil å bedømme situasjonen slik at alle de objektive og subjektive vilkårene i strl. § 233 var oppfylt, som kreves for å domfelle for fullbyrdet drap.

Skyldkravet i bestemmelsen er forsett, jfr. strl. § 40 første ledd, første setning.

Domfelte drepte ikke forsettlig naboens lille datter, men ved et feiltreff. Skyldkravet er derfor ikke oppfylt og strl. § 233 burde derfor ikke anvendes som hjemmel for å straffe den fullbyrdede handlingen; drapet på datteren.

³⁰ Rt. 1950 s. 2.

2.4 Kort om straffbare forberedelseshandlinger

Hovedregelen i norsk rett er at de handlingene som skjer i forberedelsesstadiet til en straffbar handling, er straffrie, jfr. strl. § 49 ”utførelse tilsigtedes paabgyndt”.

Det er derfor nærliggende å tro at for eksempel det å inngå avtale med noen om å begå et forsettlig drap (strl. § 233), er en straffri forberedelse. Det å utveksle tanker og inngå avtaler om hvordan man vil begå et drap, ligger gjerne tidsmessig langt fra den fullbyrdede handlingen. Og den psykologiske barrieren som må brytes for å begå et drap, vil avtalepartene ikke være i nærheten av. En ting er å avtale drapet, en annen å utføre det. Lovgiver har likevel valgt å kriminalisere enkelte forberedelseshandlinger til selvstendige forbrytelser, deriblant avtaleinngåelse om å begå et forsettlig drap (strl. § 233 a). Siden normalordningen i strafferetten er at forberedelseshandlingene er straffrie, krever unntakene en særskilt begrunnelse.

De forberedelseshandlingene som er gjort straffbare fra lovgivers side, er gjerne de handlingene som har en særlig farlig karakter, og som utad bærer preg av det forbryterske formål³¹. De bør derfor få en reaksjon.

Samtidig lever vi i et samfunn med stadig økende organisert kriminalitet. Dette krever at lovgivningen må tilpasses de nye samfunnsproblemene som kommer, og at lovgiver i større grad enn før finner det hensiktsmessig å kriminalisere alvorlige forberedende handlinger. Kriminaliseringen av det å inngå avtale om drap (strl. § 233 a), er en av de nyere bestemmelsene (trådte i kraft 1.januar 2000) i strl., og kan sies å være en reaksjon fra lovgiver på et problem vi tidligere ikke hadde.

Kriminaliseringen av alvorlige forberedende handlinger, blir også et viktig virkemiddel for å bekjempe de nye utfordringene politiet og samfunnet for øvrig blir stilt ovenfor.

Politiet har da på et tidligere tidspunkt adgang til å gripe inn, og på den måten verne samfunnet i større grad. Alvorlig kriminalitet kan stanses på et tidligere stadium, og politiet kan derfor til en viss grad hindre alvorlige følger.

³¹ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg. 2004, s. 351.

Det finnes foruten strl. § 233 a også mange andre bestemmelser i strl. som rammer inngåelse av forbund og forberedelseshandlinger. Andenæs³² nevner som eksempler; §§ 94, 104, 147 a, 159, 162 c, 223, 225 og 269 (Inngåelse av avtaler om å begå visse alvorlige forbrytelser), §§ 161, 177 og 269 nr. 2 (anskaffelse av skytevåpen, sprengstoff eller andre midler til å begå forbrytelser). Ellers kan følgende bestemmelser nevnes; §§ 104 a annet ledd (deltakelse i ulovlige organisasjoner) og § 223 tredje ledd (forberedelse til frihetsberøvelse). Det finnes også flere. Disse går jeg ikke nærmere inn på her.

Det som imidlertid er viktig å huske er at normalordningen i norsk strafferett går ut på at forberedelseshandlingene er straffrie. De straffbare forberedelseshandlingene tilhører derfor unntakene, og krever særskilt begrunnelse.

2.5 Forsøk på strl. §§ 162, 192, 233 og 257, jfr. § 49.

2.5.1 Forsøk på strl. § 162

Strl. § 162 1.ledd lyder:

”Den som ulovlig tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar stoff som etter regler med hjemmel i lov er ansett som narkotika, straffes for narkotikaforbrytelse med bøter eller fengsel inntil 2 år”.

En narkotikaforbrytelse er fullbyrdet, når alle de objektive vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Er vilkårene oppfylt, vil også den øvre grensen for det straffbare forsøket være overtrådt. Siden denne grensen som regel er uproblematisk å fastsette, skal jeg være kort i omtalen av lovens vilkår (dette gjelder også de øvrige bestemmelsene jeg behandler nedenfor).

³² Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg. 2004 s. 351.

Lovens ordlyd "ulovlig" peker i retning av at bestemmelsen bare rammer den narkotikaen som er ulovlig. Noe narkotika må da være lovlig og rammes derfor ikke. Videre er det naturlig å tolke bestemmelsen slik at den som også produserer narkotika faller innenfor, jfr. "tilvirker".

Videre rammes den som "innfører" eller "utfører" stoff. Det er naturlig å tolke dette slik at en person som bringer stoffet inn eller ut av landet rammes. Den som "erverver" eller "oppbevarer" stoff rammes også. "Erverver" tolkes slik at kjøpssituasjonene omfattes. "Oppbevarer" er det naturlig å tolke slik at narkotika lagres eller tas hånd om en viss tid. Besittelse og bruk skulle derfor falle utenfor. Endelig rammes den som "sender" eller "overdrar". "Sender" må forstås slik at de som sender, frakter og transporterer stoffet rammes. "Overdrar" må ramme de som selger stoff.

Tolkningen av lovens ordlyd støttes i stor grad i forarbeidene³³ og teorien.

Hos Andenæs og Bratholm³⁴ støttes tolkningen av "ulovlig". Flere slags narkotika er lovlig i medisinsk anvendelse, og lovgivers mening var derfor å få dette frem ved utformingen av bestemmelsen. Det er derfor kun narkotika som ikke er lovlig i medisinsk anvendelse som rammes. Hvilke stoffer som er å anse som narkotika varierer, og beror på hva som fremgår av narkotikalistens helsedirektøren til enhver tid oppdaterer, jfr. legemiddeloven (nå) § 22³⁵.

Det følger videre av motivene at tilvirkning av stoff som står på narkotikalistens, for eksempel cannabisplanten, omfattes.

Motivene kommenterer ikke "innfører" og "utfører". Det er likevel på det rene at tolkningen av lovens ordlyd ovenfor gir uttrykk for gjeldende rett. Det er den som bringer stoffet inn eller ut av landet som rammes.

Motivene fastslår at "erverver" og "overdrar" er benyttet istedenfor omsetning. Omsetning vil jo typisk være kjøp og salg situasjonene. Det er derfor disse situasjonene lovgiver har ment å ramme.

³³ Ot.prp. nr.23 (1983-1984). Under overskriften "særskilte merknader til lovutkastet".

³⁴ Andenæs, Johs & Bratholm, Anders. Spesiell strafferett, utvalgte emner, 3.utg., 2004, s. 313.

³⁵ Legemiddeloven, 4. Desember 1992, nr. 132.

Videre støttes og utfylles tolkningen av ”oppbevarer” i teorien³⁶ og forarbeidene.

Gjelder det et større kvantum stoff vil det bli regnet som oppbevaring enten det er beregnet på videreformidling til andre (salg), eller som lager til eget bruk. Den rent midlertidige besittelsen av narkotikaen faller derfor utenfor. Denne er normalt forbundet med bruk, og rammes av legemiddelovens (nå) § 24 som likestiller besittelse og bruk.

Forarbeidene kommenterer ikke ”sender”. Det er likevel naturlig å tro at lovgivers mening er å ramme de som sender, frakter og transporterer stoffet.

En narkotikaforbrytelse er fullbyrdet (den øvre grensen for forsøket er overskredet) når alle de objektive vilkårene i strl. § 162 er oppfylt.

Av større interesse er den nedre grensen for det straffbare forsøket.

Når foreligger straffbart forsøk på strl. § 162?

Kan personen i vårt eksempel som forsøker å innføre narkotika fra Danmark til Norge, men blir stoppet i tollens, straffes for forsøk? Endrer det noe at han bare står i køen foran tollens?

Det må være klart at straffbart forsøk foreligger i et slikt tilfelle. Det eneste som gjenstår før handlingen er fullbyrdet er selve passeringen av tollens. Passerer han vil jo personen ha innført stoffet og kan dømmes for innførsel. Han er derfor tidsmessig svært nær fullbyrdelse og viser ingen psykologisk sperre ved å gjennomføre handlingen, da han faktisk er i ferd med å passere tollens i det han blir tatt. Straffbart forsøk må derfor utvilsomt bli konsekvensen. Det samme må bli resultatet der han står i køen foran tollens. Han vil jo fortsatt være tidsmessig svært nær fullbyrdelse og vil heller ikke her vise noen psykologisk sperre mot å innføre stoffet i det han stiller seg i køen.

³⁶ Andenæs, Johs & Bratholm, Anders. Spesiell strafferett, utvalgte emner, 3.utg., 2004 s. 313.

Men hvordan blir situasjonen der personen faktisk passerer tollen og dermed innfører narkotikaen til Norge, men så blir tatt og det viser seg å være uskyldige godteritabletter som er blitt innført (utjenlig forsøk)? Kan han fortsatt straffes for forsøk?

I Rt. 1975 s. 397³⁷ innførte tiltalte 230 gram (1000 stk) preludintabletter fra København til Norge, i den tro at det var narkotika. Det visste seg at stoffet faktisk ikke var et narkotikum. Tiltalte ble likevel dømt for forsøk på innførsel av narkotika, jfr. strl. § 162.

Det avgjørende i dommen syntes å være domfeltes oppfatning. Så lenge han trodde han skaffet seg og innførte narkotika, var det uten betydning at tablettene faktisk ikke var et narkotikum. Se også Rt. 1984 s. 375³⁸ (Uten betydning at det var efedrinklorid, og ikke amfetamin slik domfelte trodde).

Overført til vårt eksempel skulle da straffbart forsøk foreligge, selv om det skulle vise seg at det som var blitt innført var uskyldige godteritabletter. Det endrer altså ikke straffbarheten at det som er innført ikke samsvarer med målet, men det vil få betydning for straffens størrelse (straffutmålingen). Det er jo helt klart mindre straffverdig å innføre uskyldige godteritabletter eller andre uskyldige tabletter enn narkotika.

En annen dom inntatt i Rt. 1984 s. 1320³⁹, som ikke gjelder innførsel, men fremstilling av et narkotisk stoff, bekrefter rettstilstanden ved utjenlig forsøk. I dommen vises det til Andenæs, alminnelig strafferett. Det sies i dommen at ” Etter gjeldende lære om forsøk med utjenlig middel, avhenger ikke straffbarheten av om handlingen i seg selv var tjenlig, men alene om den av gjerningsmannen ansåes for tjenlig”. De tiltalte i dommen anså fremstillingen av amfetamin for tjenelig. Det hadde da ingen betydning at de hadde glemt en komponent ved blandingen, som gjorde at fremstillingen av narkotikumet ble mislykket. Straffbart forsøk forelå.

³⁷ Rt. 1975 s. 397.

³⁸ Rt. 1984 s. 375.

³⁹ Rt. 1984 s. 1320.

Se også Rt. 1993 s. 916⁴⁰ (Koffein-dommen). Tiltalte som blant annet oppbevarte et stoff han trodde var amfetamin, men som var koffein, ble dømt for forsøk på grov narkotikaforbrytelse.

En annen viktig form for forsøk på narkotikaforbrytelsene er forespørslene om kjøp eller tilbudene om salg. Foreligger straffri forberedelse eller straffbart forsøk der personen i vårt eksempel er på vei til Norge i den hensikt å kjøpe narkotika, og hvor han i forkant har hatt kontakt med en person som skal hjelpe han med anskaffelsen? Endrer det noe at de to har avtalt møtested og tid?

Rt. 1979 s. 1265⁴¹ omhandler et liknende tilfelle. Her hadde tiltalte reist til Drammen i den hensikt å kjøpe narkotika. Han hadde kontakt med en ukjent person som skulle hjelpe han med anskaffelsen. På grunn av høytid og dårlig marked, ble det ikke noe kjøp.

Høyesterett bedømte saken som straffri forberedelse, og tiltale ble frikjent.

Det var ikke nok at han med det forsett å kjøpe narkotika, hadde reist til Drammen og foretatt noe planlegging. For at straffbart forsøk skulle foreligge, måtte tiltalte ha tatt skritt som viste at han gikk i gang med realiseringen av dette forsettet.

Anvendt på vårt eksempel skulle det bety at personen som er på vei til Norge, enten han har passert grensen eller ikke, er på det straffrie forberedelsesstadiet, så lenge det ikke blir noe kjøp. Det vil heller ikke endre noe at de to har avtalt møtested og tid, så lenge de ikke har foretatt skritt som viser at realiseringen er i gang. Slike skritt ville antagelig være tatt hvis personen da han kommer frem, via sin mellommann, bestiller stoffet til neste dag. Helt sikkert vil de være tatt der personen neste dag møter mellommannen og kun overrekkelsen gjenstår.

En annen dom som illustrerer forsøk på ervervelse av narkotika er Rt. 1980 s. 1373⁴² (forsøk på kjøp av hasj, selv om selger ikke var hjemme).

⁴⁰ Rt. 1993 s. 916.

⁴¹ Rt. 1979 s. 1265.

2.5.2 Forsøk på strl. § 192

Strl. § 192 første ledd første punktum lyder:

”Den som

a) skaffer seg seksuell omgang ved vold eller ved truende atferd, ... straffes for voldtekt med fengsel inntil 10 år”.

Lovens ordlyd ”seksuell omgang” peker i retning av at det må ha foregått noe intimt mellom partene, og at handlingen har et seksuelt motiv. Videre må denne seksuelle omgangen være skaffet ved ”vold” eller ”truende atferd”. Det er naturlig å forstå loven slik at fysisk vold ikke er nødvendig, men at det er tilstrekkelig å opptre på en truende måte, for eksempel i form av trusler.

Det at den seksuelle omgangen må være skaffet på en slik måte, innebærer at de frivillige samtykketilfellene faller utenfor. I tillegg oppstilles et krav til årsakssammenheng mellom voldsutøvelsen og/eller den truende atferden og den seksuelle omgangen.

Personen som oppfyller vilkårene, straffes for ”voldtekt”. En naturlig tolkning av ”voldtekt” vil være at en person benytter seg av ulike virkemidler mot offeret for å tiltvinge seg seksuell omgang med det.

Jeg kan ikke se at det er uttalt noe særskilt i forarbeidene om ”seksuell omgang”.

Men etter en lovendring i 2000⁴³, er det gjeldende rett at seksuell omgang omfatter fire forskjellige begreper; samleie, utuktig omgang, utuktig handling og utuktig atferd.

Begrepene betegner handlinger av ulik alvorlighetsgrad og rammer således et vidt spekter av handlinger.

⁴² Rt. 1980 s. 1373.

⁴³ Lov 11. August 2000, nr. 76.

Den øvrige tolkningen av loven støttes og utfylles imidlertid i forarbeidene⁴⁴.

Der fremgår det at ”vold”, gjennomgående vil innebære et element av tvang, fysisk vold kreves altså ikke. ”Truende atferd” omfatter både trusler og atferd som skaper frykt for noens liv eller helse. Truslene trenger ikke å være straffbare. Trusler som går ut på å sette ut rykter eller anmelde forhold, er dermed omfattet. Men er trusselen mindre alvorlig, vil det være mindre sannsynlig at den er årsaken til den seksuelle omgangen.

Det fremgår videre at hvorvidt gjerningsmannens atferd omfattes av ”vold” eller ”truende atferd”, er situasjonsbetinget. Typisk skal det mindre til der fornærmede er mindreårig. Kravet til årsakssammenheng bekreftes også i forarbeidene.

En voldtekt er fullbyrdet når alle de objektive vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, men når foreligger forsøk på voldtekt?

Hvordan skal personen med fullbyrdsforsett i vårt eksempel, som lokket med seg en dame inn på rommet, holdt henne fast og rev av henne klærne, bedømmes? Endrer det noe fra eller til om han bare lokker henne med seg inn på rommet?

En forholdsvis ny dom inntatt i Rt. 2005 s. 556⁴⁵ omhandler et klart tilfelle av forsøk på overfallsvoldtekt. Domfelte overfalte fornærmede bakfra, da hun låste seg inn til inngangspartiet i blokkleiligheten. Han presset henne opp mot veggen, sparket henne på skinneleggene og slo etter ansiktet hennes. I tillegg grep domfelte henne i skrittet og forsøkte å trenge inn i henne med fingrene selv om hun hadde truse og strømpebukse på. Handlingen ble avbrutt da fornærmede klarte å ringe på klokkene som tilhørte de andre leilighetene, og noen kom til.

I dommen uttales det at dette er et klart tilfelle av overfallsvoldtekt. Fornærmede ble angrepet bakfra uten noen form for forutgående kontakt av en ukjent, som forsøkte å tiltvinge seg samleie, men forsvant da han ble avbrutt.

⁴⁴ Ot.prp.nr.28, 1999-2000, endringslov, under overskriften ” Endringene i straffeloven”.

⁴⁵ Rt. 2005 s. 556.

Siden dette var et klart tilfelle, må det bety at ikke så meget kreves for at det skal foreligge forsøk på voldtekt. Personen i vårt eksempel overfaller ikke kvinnen bakfra, men overfaller henne nærmest da han kommer inn på rommet. Det at han ennå ikke seksuelt har tilnærmet seg henne, kan ikke få betydning for straffbarheten, da det bare vil være tale om sekunder (nærhet i tid) før dette skjer, hvis han ikke blir avbrutt. Handlingen i vårt eksempel er derfor like straffverdig som i dommen, forskjellen er bare at i dommen er gjerningsmannen kommet lenger i sin handling, han befinner seg nærmere den fullbyrdede handlingen. En slik forskjell vil bare få betydning for straffens størrelse, og ikke selve straffbarheten.

En dom som illustrerer at den seksuelle omgangen ikke behøver å være påbegynt for at det skal foreligge forsøk på voldtekt, er Rt. 2005 s. 1521⁴⁶. Domfelte gjorde tilnærmelser ovenfor fornærmede som resulterte i at de havnet inn i buskaset. Der forsøkte han å tiltvinge seg seksuell omgang. Mens han holdt offeret rundt halsen, kysset han henne, befølte henne og trakk ned truse og bukse. Grepet rundt offerets hals, medførte at hun ble kvalt. Gjerningsmannen ble her dømt for forsettlig drap (strl. § 233) i forbindelse med forsøk på voldtekt.

Som følge av at offeret døde, fikk domfelte aldri gjennomført voldtekten. Likevel var de tilnærmelsene han hadde foretatt, nok til at det forelå forsøk på voldtekt.

Det skulle bety at denne dommen gir en ytterligere bekreftelse på at personen i vårt eksempel, som ikke har begynt på den seksuelle omgangen, kan straffes for forsøk på voldtekt.

En annen dom som illustrerer det samme, er Rt. 2001 s.1713⁴⁷. Tiltalte ble domfelt for forsøk på voldtekt med en skarp gjenstand, selv om han ikke hadde påbegynt den seksuelle omgangen.

⁴⁶ Rt. 2005 s. 1521.

⁴⁷ Rt. 2001 s. 1713.

Hvordan blir det hvis personen i vårt eksempel bare har lokket med seg damen inn på rommet? Foreligger fortsatt straffbart forsøk på voldtekt?

Det fremgår klart av dommene ovenfor at den seksuelle omgangen ikke trenger å være påbegynt. Handlingene som er foretatt i dommene viser likevel at gjerningsmannen er ganske tidsmessig nær ved å begynne på den seksuelle omgangen, slik at det ikke er særlig tvilsomt at det foreligger forsøk på voldtekt. Tvilsomt blir det imidlertid der personen bare har lokket med seg damen inn på rommet. Her vil han jo tidsmessig befinne seg lenger fra å påbegynne den seksuelle omgangen, i tillegg har han ikke utført noe som er særlig straffverdig. Ut fra den meget sentrale Loft-kjennelsen (som er nevnt over på s. 17), Rt. 1939 s. 890, skulle man tro at det å lokke en person med inn på et rom er straffbart forsøk på voldtekt.

Der ble jo tiltalte domfelt for forsøk på utuktig handling (den gang strl. § 212, 2. ledd), som nå omfattes av "seksuell omgang" i strl. § 192. Forholdene i dommen var imidlertid spesielle. Domfelte hadde benyttet lokkemidler og offeret var bare 5 år. De utførte handlingene som var foretatt sett i sammenheng, var derfor i tid svært nær den fullbyrdede handlingen. Annerledes er det i vårt eksempel. Personen har kun lokket med seg damen inn på rommet. Hensynet til straffverdigheten tilsier derfor at en slik handling ikke er forsøk på voldtekt.

2.5.3 Forsøk på strl. § 233

Strl. § 233 første ledd lyder:

"Den, som forvolder en andens død, eller som medvirker dertil, straffes for Drab med Fængsel i mindst 6 Aar".

En naturlig tolkning av ordlyden er at et menneske må ha forvoldt et annet menneskes død, jfr. "en andens død". Videre er det naturlig å forstå det slik at det må foreligge årsakssammenheng mellom handlingen og dødsfølgen, jfr. "forvolde".

Denne tolkningen støttes i teorien. Andenæs⁴⁸ sier: ”En annens død betyr selvsagt et annet menneske død”. Bratholm⁴⁹ sier at der uttrykket ”forvolde” er brukt i et straffebud, er meningen å få frem at det må foreligge årsakssammenheng.

Et drap er fullbyrdet, når alle de objektive elementene i straffebudet er oppfylt. Men når foreligger et forsøk på drap? Kan personen i vårt eksempel, som har kjøpt inn pistol og ligger på lur i buskene i påvente av at naboen skal gå forbi, straffes for forsøk?

En sentral dom om forsøk på drap er Rt. 1995 s. 1738⁵⁰ (Politigissel-kjennelsen). Tiltalte holdt en skarpladd pistol mot en politibetjents hode med det forsett å drepe han, hvis hans krav om penger og fly ikke ble innfridd innen et visst tidspunkt. Det uttales i dommen at ”objektivt må grensen mellom straffri forberedelse og straffbart forsøk i alminnelighet være overskredet når en gjerningsmann er kommet så langt som til å holde en skarpladd pistol mot offerets hode”. Flertallet fant at tiltalte ville ha realisert sin handling hvis han ikke var blitt hindret av politiet. Forsøk på drap ble resultatet.

Det avgjørende i dommen var at domfelte i tid hadde kommet så nær en fullbyrdelse, og at han ikke viste noen psykologisk sperre mot å drepe.

Personen i vårt eksempel er langt fra så nær en fullbyrdelse av et drap. Offeret har ikke engang dukket opp, og det gjenstår derfor viktige handlinger som å sikte og trykke på avtrekkeren. Slike handlinger har en høy terskel (psykologisk barriere) som gjerningsmannen må overgå. Når denne terskelen ikke er blitt satt på prøve, er det mindre grunn til å anse handlingen som straffbart forsøk.

En bekreftelse på at dette har blitt tillagt vekt i praksis er Rt. 2000 s. 1978⁵¹. Her trakk den domfelte pistolen, siktet og trakk av. Offeret begynte å løpe, domfelte løp etter og skjøt tre ganger til, men da var magasinet tomt. Straffbart forsøk forelå.

⁴⁸ Andenæs, Johs & Bratholm, Anders. Spesiell strafferett, utvalgte emner, 3.utg. 2004 s. 25.

⁴⁹ Bratholm, Anders. Strafferett og samfunn, 2.opplag 1987, s. 94.

⁵⁰ Rt. 1995 s. 1738.

Her hadde domfelte klart overskredet den psykologiske barrieren, samtidig som fullbyrdelsen tidsmessig lå svært nær.

En annen dom, som har et forholdsvis likt faktum som vårt eksempel, er Rt. 2001 s. 661⁵². Tiltalte gjemte seg bak en kiosk like ved der fornærmede bodde, for å oppsøke henne når hun kom hjemover. Da hun kom, havnet de to i et basketak, hvor tiltalte stakk henne flere ganger med kniv i halsen og hodet. Overfallet ble avbrutt av et vitne. Tiltale ble domfelt for forsøk på drap. Igjen får det betydning at det er tidsmessig nærhet mellom handlingen og fullbyrdelsen, samtidig viste domfelte at han ikke hadde noen psykologisk sperre mot å drepe ved å stikke henne flere ganger.

Personen i vårt eksempel kan ut fra praksis ikke dømmes for forsøk på drap. Det å legge seg bak en busk, med en pistol, i påvente av offeret, fører ikke langt nok frem mot den fullbyrdede handlingen. Viktige handlinger som å sikte og trekke av gjenstår, og den psykologiske barrieren gjerningsmannen må bryte er ikke blitt testet.

2.5.4 Forsøk på strl. § 257

Strl. § 257 første ledd lyder:

”For tyveri straffes den som borttar eller medvirker til å bortta en gjenstand som helt eller delvis tilhører en annen, i den hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning ved tilegnelsen av gjenstanden”.

⁵¹ Rt. 2000 s. 1978.

⁵² Rt. 2001 s. 661.

Det er naturlig å tolke ”bortta” slik at en gjenstand fjernes, tas bort fra den reelle eier. Det er derfor et krav at en annen skal ha besittelsen. Eller med andre ord gjenstanden må ikke være besittelsesløs.

En naturlig tolkning av ”Gjenstand” vil være at alle gjenstander omfattes, også løsøre gjenstander. ”Helt eller delvis tilhører en annen” tolkes slik at gjenstanden må være undergitt eiendomsrett, den kan derfor ikke være eierløs. Gjerningsmannen kan heller ikke selv være eier. Videre kan en sameier gjøre seg skyldig i tyveri fra medeierne, jfr. ”delvis tilhører en annen”. Det oppstilles også et krav til vinningshensikt, jfr. ”den hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning ved tilegnelsen”. En naturlig tolkning av dette vil være at gjerningsmannens hensikt er å skaffe seg en vinning han ikke har krav på ved tilegnelsen. Tanken på vinning må derfor være et motiv for handlingen, og denne tanken må foreligge ved tilegnelsen.

En slik tolkning av loven, støttes i teorien hos Andenæs⁵³.

Er de objektive vilkårene oppfylt, og det foreligger vinnings hensikt, er det et fullbyrdet tyveri. Men når foreligger forsøk på tyveri?

Kan personen i vårt eksempel, som har lagt hånd på tingen, men enda ikke puttet den i lommen, straffes for forsøk på tyveri?

I Rt. 1894 s. 484⁵⁴ (Kjøttlår-dommen) hadde tiltalte brutt seg inn i et lagerrom. Han hadde tatt et kjøttlår opp en av tønne og lagt det på en tønne ved siden av, da han ble avbrutt. Han ble dømt for fullbyrdet tyveri. Det uttales i dommen at et tyveri må betraktes som fullbyrdet når vedkommende hadde hatt så meget befatning med gjenstandene at det kunne sies at han hadde satt seg i besittelse av dem.

⁵³ Andenæs, Johs. Formuesforbrytelsene, 5.opplag 2003, kap. 3.

⁵⁴ Rt. 1894 s. 484.

Dommen viser at det ikke stilles strenge krav til at et tyveri skal være fullbyrdet.

Handlingen personen i vårt eksempel har foretatt seg, kan imidlertid sies å være enda mer unnskyldelig. Han har jo ikke engang tatt tingen til seg. I tillegg blir han heller ikke avbrutt. Dette må bety at han ikke kan straffes for forsøk på tyveri.

I en nyere dom inntatt i Rt. 1960 s. 1274⁵⁵, ble de tiltalte dømt for forsøk på tyveri.

De domfelte brøt seg inn på et kontor. Der rullet de et pengeskap inn i et annet rom, en forflytning på ca. 6-8 meter. De forsøkte å bryte opp skapet med spett og øks, men mislykkedes. De bestemte seg for å ta med pengeskapet ombord i en robåt, så de kunne bearbeide det i ro og få det opp. De oppga planen da de så lys ble tent, og stakk av. Det ble lagt vekt på at pengene ikke var borttatt. Pengene lå hele tiden i skapet, og skapet var ikke fjernet fra lokalene. Hensikten var ikke å tilegne seg skapet, men pengene.

Personen i vårt eksempel har heller ikke borttatt tingen, han har bare lagt hånd på den. Det skulle bety at han ikke kan straffes for forsøk på tyveri.

Annerledes ble det i dommen i Rt. 1971 s. 667⁵⁶. Her hadde også tiltalte brutt seg inn i et lokale. Han hadde samlet en del varer i en haug på gulvet med det forsett å ta de med seg. Han ble oppdaget og dømt for fullbyrdet grovt tyveri.

Ut ifra det som ble uttalt i dommen ovenfor, skulle man tro at varene ikke var borttatt, siden de ikke var fjernet fra gjerningsstedet. Forskjellen er imidlertid at i denne dommen har gjerningsmannen fysisk tatt dem til seg (apprehensions-teorien). Ved å samle varene på gulvet, er det adgang umiddelbart til å tilegne seg dem. Det har da ingen betydning at tilegnelseshensikten ikke er oppnådd og tingen ikke er bortført, jfr. også Rt. 1911 s. 604⁵⁷ og juridisk teori⁵⁸.

⁵⁵ Rt. 1960 s. 1274.

⁵⁶ Rt. 1971 s. 667.

⁵⁷ Rt. 1911 s. 604.

⁵⁸ Jussens venner hefte 4 1985, s.127 av Helge Røstad.

Det avgjørende ut ifra dommene syntes å være om gjerningsmannen fysisk kan sies å ha tatt gjenstanden til seg og om han har vinnings hensikt. Personen i vårt eksempel kan ikke sies å ha tatt tingen fysisk til seg. Ved å legge hånd på den, er han jo bare i berøring av gjenstanden. Han kan derfor ikke straffes for forsøk på tyveri.

3 Tilbaketreden fra forsøk

3.1 Hva er tilbaketreden

Før en handling er fullbyrdet, altså når noen av de objektive elementene i et straffebud mangler, kan det være at gjerningsmannen angrer seg og ønsker handlingen ugjort. Grunnen til at gjerningsmannen angrer seg kan være mange. Han kan få dårlig samvittighet, følgene kan bli annerledes enn tenkt, han kan miste motet, planen holdt kanskje ikke mål, han får kalde føtter eller han ser at han er i ferd med å bli oppdaget.

Ved kriminaliseringen av forsøkshandlingene var hensikten å ramme den forbryterske vilje som gjerningsmannen hadde vist. Annerledes er det ved tilbaketreden. Her er selve kjernen det at gjerningsmannen trer tilbake fra et allerede straffbart forsøk, og at han følgelig ikke viser et fast forbrytersk forsett. Ved tilbaketreden kan derfor et pådratt straffansvar for forsøk falle bort. Tilbaketreden er således en opphørsgrunn for pådratt straffansvar⁵⁹. Tilbaketreden medfører at handlingen ikke blir fullbyrdet, men at den som oftest, i en eller annen grad, blir ”reparert”. En sier gjerne at gjerningsmannen prøver å gjøre det godt igjen.

A ligger for eksempel på lur bak busken, sikter på offeret og er i ferd med å trekke av da han får kalde føtter, trekker seg og går hjem. Voldtektsmannen gir opp da han merker at kvinnen gjør motstand, narkotikasmugleren ombestemmer seg da han er halvveis eller tyven legger umiddelbart tilbake det han har tatt.

Det er på det rene at gjerningsmannen i alle disse tilfellene prøver å tre tilbake fra den straffbare handlingen han var i ferd med å begå. Han gir av en eller annen grunn opp det han hadde tenkt å gjøre. Årsakene til dette, kan som nevnt ovenfor, være mange.

⁵⁹ Eskeland, Ståle. Strafferett, 2.utg. 2006, s. 221.

3.2 Når foreligger straffri tilbaketreden

3.2.1 Strl. § 50

Strl. § 50 lyder:

”Forsøgets Strafbarhed bortfalder, saafremt den skyldige af egen fri Vilje enten afstaar fra den forbryderske virksomhed, før endnu fuldendt Forsøg foreligger, eller forebygger den Følge, ved hvis Indtrædelse Forbrydelsen vilde være fuldbyrdet, forinden han endnu ved, at den forbryderske Virksomhed er opdaget.”

Ut fra ordlyden er det nærliggende å tolke det slik at straffbart forsøk må foreligge, jfr. ”Forsøgets Strafbarhed bortfalder”. Et slikt pådratt straffansvar bortfaller når den skyldige frivillig avstår (tilbaketrer) fra videre handling før forsøket er fullendt. Det er naturlig å tolke det slik at dette straffealternativet referer seg til det ufullendte forsøk, jfr. ”før endnu fuldendt Forsøg foreligger”. Pådratt straffansvar bortfaller også etter annet straffealternativ der gjerningsmannen frivillig forebygger følgene av handlingen, før han vet at den forbryterske virksomheten er oppdaget. Det er naturlig å tolke det slik at dette alternativet referer seg til tidspunktet etter at forsøket er fullendt, jfr. ” ved hvis Indtrædelse Forbrydelsen vilde være fuldbyrdet”.

Leser man første og annet straffealternativ i sammenheng, skulle det bety at ved de ufullendte forsøkene, kan tilbaketreden skje selv om forholdet er oppdaget, så lenge gjerningsmannen trer tilbake frivillig.

3.2.2 Forarbeidene til strl. § 50

Den tolkningen jeg ovenfor har foretatt av ordlyden, støttes og utfylles i forarbeidene⁶⁰. Der fremgår det at straff for forsøk skal bortfalle når det foreligger frivillig tilbaketreden.

⁶⁰ NOU 1983:57 under overskriften ”oversikt over gjeldende rett”.

Det presiseres hva som menes; lovbrysteren må frivillig avstå fra videre virksomhet, eller forebygge de skadelige følgene av handlingen før forbrytelsen er fullbyrdet.

Den tilbaketreden gjerningsmannen foretar seg må altså skje av fri vilje (det subjektive vilkåret), skal han oppnå straffrihet. Grunnen til at gjerningsmannen frivillig trer tilbake er gjerne at han angrer seg, men dette er ikke noe krav⁶¹. En frivillig tilbaketreden kan også for eksempel skyldes at gjerningsmannen syntes det er for tidkrevende å fullføre handlingen, og at han av den grunn gir opp, eller at han frykter oppdagelse.

Gjerningsmannens tilbaketreden er like fullt frivillig, og det er det som er kravet.

Dette gjelder både etter første og annet straffealternativ. I tillegg kreves etter annet straffealternativ at gjerningsmannen foretar en positiv handling, han må forebygge de skadelige følgene.

Siden det er et krav at straffbart forsøk må foreligge forutsettes det at gjerningsmannen har forlatt det straffrie forberedelsesstadiet (overskredet forsøkets nedre grense), og at han ikke har fullbyrdet handlingen (overskredet forsøkets øvre grense).

Er ellers lovens vilkår oppfylt, er det et absolutt krav at straffen skal opphøre.

Videre fremgår det i motivene at loven skiller mellom fullendt og ufullendt forsøk (de objektive vilkårene). Forsøket er ufullendt når gjerningsmannen har noe igjen å utføre før forbrytelsen er fullbyrdet. Et eksempel vil være der gjerningsmannen holder på å bryte opp en dør eller et vindu. Her vil han ha noe igjen å gjøre, han må bryte døren eller vinduet helt opp, før fullbyrdet innbrudd foreligger etter strl. § 147. Typisk for det ufullendte forsøket er derfor at når handlingen er utført i sitt hele, fører den rett over i fullbyrdet forbrytelse. Ufullendt forsøk vil derfor foreligge helt til fullbyrdelse skjer; døren eller vinduet åpner seg. Dette medfører at handlingen kan være ufullendt forsøk i det ene øyeblikk, fullbyrdet forbrytelse i det neste. Ved et ufullendt forsøk slipper gjerningsmannen straff hvis han av egen fri vilje avstår (trer tilbake) fra videre straffbar virksomhet. Gjerningsmannen i eksemplet ovenfor gir opp å få opp døren eller vinduet fordi det begynner å lysne av dag, og risikoen for å bli oppdaget er stor.

⁶¹ Bratholm, Anders. Strafferett og samfunn, 2.opplag 1987, s. 344.

Forsøket er på den annen side fullendt, når gjerningsmannen ikke har noe igjen å utføre for at fullbyrdelse skal skje. Ved de fullendte forsøk vil det altså gå en viss tid fra gjerningsmannen har gjort alt det som er nødvendig for at fullbyrdelse skal skje, til den faktisk skjer. Fullbyrdelsen er derfor, som det fremgår av motivene, knyttet til en følge som ikke umiddelbart inntre sammen med gjerningsmannens handling.

Et eksempel vil være der gjerningsmannen plasserer en tidsinnstilt bombe under fiendens bil som ennå ikke har eksplodert. Her vil det gå en viss tid fra gjerningsmannen har gjort sitt, til fullbyrdelse skjer. Annerledes der A skyter B, men bommer. Her har også A gjort sitt, men her er det ikke noe som gjenstår. Det er ingen handling å tre tilbake fra. Den eneste grunnen til at handlingen ikke er fullbyrdet, er A's bom som gjorde at B ikke døde. Han kan derfor bare straffes for forsøk på drap, men tilbaketreden vil ved slike fullendte forsøk være utelukket.

Ved fullendt forsøk oppnås straffrihet bare hvis gjerningsmannen av egen fri vilje forebygger de skadelige følgene av handlingen, før han vet at det forbryterske ved virksomheten er oppdaget. Gjerningsmannen i eksemplet ovenfor kobler ut tidsinnstillingen på bomben før noen har oppdaget at det dreier seg om et bombeattentat med en tidsinnstilt bombe. Det er altså et krav ved de fullendte forsøk at gjerningsmannen foretar en positiv handling som gjør at følgen faktisk forebygges, før han vet at noen har oppdaget det forbryterske ved hans virksomhet. Mislykkes gjerningsmannen eller hans hjelper med forebyggelsen, bomben sprenges selv om tidsinnstillingen er koblet ut, er ikke vilkårene for straffbortfall til stede⁶². Det er naturlig at man ved de fullendte forsøkene krever faktisk forebyggelse. Forholder gjerningsmannen seg passiv, vil jo følgen normalt inntre. Det kan derfor ikke være tilstrekkelig at gjerningsmannen avholder seg fra videre virksomhet, slik som ved de ufullendte forsøkene.

Det kan forekomme at det fullendte forsøket er utjenlig uten at gjerningsmannen er klar over det. Bomben inneholder for eksempel ikke dynamitt, men et ufarlig stoff.

⁶² Bratholm, Anders. Strafferett og samfunn, 2.opplag 1987, s. 346.

Selv om noen egentlig forebyggelse her ikke kan skje og heller ikke er nødvendig, oppnår gjerningsmannen straffrihet ved tilbaketreden, så lenge han foretar en positiv handling som han tror er forebyggende⁶³. Grunnen er at gjerningsmannen ved de utjenlige forsøk ikke bør stilles dårligere enn ved vanlige forsøk.

Hensynet bak strl. § 50 fremgår av motivene. Ved frivillig tilbaketreden viser ikke gjerningsmannen et fast forbrytersk forsett. Verken individual- eller allmennpreventive hensyn taler da for å straffebelegge den angrende synder. Dessuten oppfordrer regelen (i den grad den er kjent) gjerningsmannen til å tre tilbake, ved at han oppnår straffrihet.

3.2.3 Andre følger av strl. § 50

Det følger av juridisk teori at det også er en del andre følger av strl. § 50 enn dem jeg kan finne støtte for i motivene. Disse skal jeg kort nevne.

Strl. § 50 knytter seg til forsøksdefinisjonen i strl. § 49 første ledd. Strl. § 49 gjelder bare forbrytelser, med mindre annet følger av spesiallovgivningen, jfr. strl. § 1. Det er imidlertid sikker rett at i de tilfeller det er bestemt at forsøk på forseelse er straffbart, kan straffri tilbaketreden oppnås med hjemmel i strl. § 50⁶⁴.

Strl. § 50 er en individuell straffrihetsgrunn. Har flere vært sammen om forsøket, må det avgjøres særskilt for hver enkelt deltaker om lovens vilkår er oppfylt⁶⁵.

Enkelte straffebud er utformet slik at selve forbrytelsen er beskrevet som en forsøkshandling. For eksempel promillebestemmelsen i vtrl. § 22⁶⁶ første ledd, "ingen må forsøke å føre"... straffrihet ved tilbaketreden er etter slike straffebud utelukket.

Annerledes der straffebudet bestemmer at forsøkshandlingen straffes på samme måte som fullbyrdet forbrytelse. For eksempel toll. § 60 annet ledd. Handlingene straffes likt, men

⁶³ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg. 2004, s. 363.

⁶⁴ Jussens venner hefte 4 1985, s. 142, av Helge Røstad.

⁶⁵ Mæland, Henry John. Innføring i alminnelig strafferett, 3.utg., Bergen 2004 s. 76.

⁶⁶ Vegtrafikkloven, 18. Juni 1965, nr. 4.

skille mellom forsøk og fullbyrdelse er opprettholdt, straffrihet ved tilbaketreden er derfor mulig.

Etter strl. § 50 er det forsøkets straffbarhet som bortfaller ved tilbaketreden⁶⁷. Det betyr at ved forsøk på forbrytelser som samtidig er en fullbyrdet annen forbrytelse (kvalifisert forsøk), for eksempel forsøk på forsettlig drap (strl. § 233) men fullbyrdet legemsbeskadigelse (strl. § 229), blir gjerningsmannen strafferettslig ansvarlig for den fullbyrdede handlingen, her legemsbeskadigelsen.

3.2.4 Hva kan utledes av strl. § 50, forarbeidene og teorien?

Det som kan utledes av lovteksten, forarbeidene og teorien er at tilbaketreden forutsetter at det foreligger et straffbart forsøk. Det betyr at der gjerningsmannen befinner seg på det straffrie forberedelsesstadiet eller har fullbyrdet handlingen, er tilbaketreden utelukket. Videre er det en forutsetning for straffrihet at tilbaketreden er frivillig. Det er bare da gjerningsmannen viser at han ikke har et fast forbrytersk forsett som fortjener straffrihet. Ved de ufullendte forsøkene, der gjerningsmannen har noe igjen å gjøre før fullbyrdet forbrytelse foreligger, er det nok at gjerningsmannen frivillig avstår fra den videre handling for å oppnå straffbortfall. I de tilfeller han er oppdaget, men selv ikke vet det og trer frivillig tilbake, oppnår han derfor straffrihet.

Ved de fullendte forsøkene, der gjerningsmannen har gjort alt som er nødvendig for at fullbyrdelse skal skje, men hvor det tar en tid til den faktisk skjer, må gjerningsmannen rent faktisk forebygge følgene av handlingen. Dette må han gjøre før det forbryterske ved virksomheten er oppdaget. Det betyr at der bare handlingen er oppdaget, ikke det forbryterske ved den, kan straffrihet oppnås hvis følgen forebygges frivillig.

Straffrihet kan imidlertid også oppnås der det forbryterske ved virksomheten er oppdaget. Forutsetningen er da at gjerningsmannen ikke kjenner til dette, og at han forebygger følgene før det er foretatt noen skritt fra oppdagerens side.

Det stilles samme krav til de utjenlige forsøkene.

⁶⁷ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg., 2004 s. 365

Når gjerningsmannen oppfyller vilkårene i bestemmelsen, taler verken individual- eller allmennpreventive hensyn med særlig styrke for å straffe. Det straffverdige ved handlingen er jo da mer eller mindre borte.

Det finnes også noen andre følger av strl. § 50, se punkt 3.2.3 ovenfor.

Selv om man ut fra disse rettskildene får en viss veiledning om hva som kreves for å oppnå straffrihet ved tilbaketreden, vil det være rom for atskillig tvil.

Det er ikke alltid lett å avgjøre hvorvidt tilbaketreden er frivillig og om gjerningsmannen rent faktisk har foretatt den forebyggelse av følgene ved de fullendte forsøk som kreves. Hvordan bedømmer man for eksempel situasjonen der gjerningsmannen møter uventede hindringer under sitt forsøk som gjør det umulig å fullbyrde handlingen? Han som er i ferd med å bryte opp døren, ser for eksempel at den er utstyrt med to ekstra låser som det vil være umulig å få opp. Avstår han frivillig?

Og hvordan bedømmer man situasjonen der gjerningsmannen forebygger følgene av en handling ved at han forgjeves gir uttrykk for at han ikke vil være med. To parter har for eksempel blitt enige om å avgi falsk forklaring. Den ene trekker seg i siste liten og bønnfaller den annen om å avstå fra handlingen. Forklaringen blir likevel gitt. Er vilkåret om faktisk forebyggelse av følgene her oppfylt?

Rettspraksis gir en god veiledning på de tvilsomme spørsmål.

3.2.5 Rettspraksis om strl. § 50

Rettspraksis er imidlertid noe knapp både når det gjelder generelt om tilbaketreden og tilbaketreden fra de enkelte straffebud. Dette må skyldes at spørsmålet ikke er så ofte oppe til avgjørelse. Fremstillingen nedenfor er derfor noe kortfattet.

Rt. 1952 s. 742⁶⁸ omhandler blant annet tilbaketreden fra ufullendt forsøk.

Tiltalte ble her dømt for forsøk på utuktig omgjengelse med barn under 14 år (strl. § 195), fordi det ikke forelå frivillig tilbaketreden fra ufullendt forsøk.

Domfelte forsøkte å ha samleie med barnet, etter hennes samtykke, i en bil. Han mislykkes da jenta ikke hadde fått av seg et par benklær. Han ga opp da han fant at det umulig å gjennomføre samleiet i bilen og jenta ikke var villig til å ha det ute i det fri.

Retten fant at domfelte her ikke oppfylte lovens krav. Han hadde ikke avstått av fri vilje, men fordi det var umulig å gjennomføre handlingen i bilen.

Anvendt i vårt eksempel skulle det bety at gjerningsmannen som er i ferd med å bryte opp døren, men som gir opp da han ser det blir umulig, ikke avstår frivillig. Straffri tilbaketreden skulle derfor være utelukket. Det er altså det at selve handlingen blir umulig å gjennomføre som avskjærer tilbaketreden av fri vilje. Her vil jo ikke gjerningsmannen ha noen handlingsalternativer. Han er tvunget til å ikke foreta handlingen. Det blir derfor lite naturlig å tale om frivillig tilbaketreden i slike tilfeller.

En annen dom, inntatt i Rt. 1998 s. 462⁶⁹ gjaldt tilbaketreden fra fullendt forsøk.

A og B ble her enige om at B skulle avgi falsk forklaring til politiet. Før den falske forklaringen ble avgitt til politiet, hadde A trukket seg fra planen. Han hadde i en telefonsamtale med B klart bedt B om ikke å forklare seg falskt. Noe B til tross for telefonsamtalen likevel gjorde. Spørsmålet var om A trådte tilbake fra det straffbare forsøk på en måte som medfører straffrihet etter straffelovens § 50 annet alternativ.

Det uttales i dommen at straffbarheten ikke bortfaller med mindre følgen uteblir. Det er ikke tilstrekkelig at tiltalte forsøker å avverge følgen og viser vilje til å hindre den.

Det var i dette tilfelle tale om psykisk medvirkning. Det fremgår av dommen at det da må avgjøres særskilt for hver enkelt deltaker om vilkårene i strl. § 50 er oppfylt. Det vil uansett ikke være tilstrekkelig å gi uttrykk for motforestillinger og betenkeligheter når man forholder seg passiv under selve utførelsen. Medvirkeren må gjøre det klart

⁶⁸ Rt. 1952 s. 742.

⁶⁹ Rt. 1998 s. 462.

(nøytralisere sin psykiske medvirkning) at han ikke vil være med.

Til tross for telefonsamtalen med B, fant retten at det ikke forelå straffri tilbaketreden.

Disse uttalelsene støttes også i en annen dom, inntatt i Rt. 1984 s. 1300⁷⁰ (bilbrukstyveri).

Dommen bekrefter den tolkningen som følger av lovtekst og forarbeider. Forebyggelse av følgen må faktisk skje. Det hjelper ikke at gjerningsmannen har prøvd å gjøre så godt han kan, dersom følgen ikke avverges. Det kan diskuteres hvorvidt det er hensiktsmessig å stille så store krav. Gjerningspersonen viser jo like fullt at han ikke har et fast forbrytersk forsett hvor han forgjeves prøver å forebygge de skadelige følgene, men hvor han ikke lykkes.

Det betyr at personen i vårt eksempel (som nesten var identisk med det i dommen) ikke oppfyller vilkåret om faktisk forebyggelse. Forklaringen ble gitt, til tross for at han forgjeves prøvde å unngå det. Straffri tilbaketreden er da utelukket.

Det følger av dommene at tilbaketreden etter strl. § 50 er utelukket når det gjelder handlinger det er umulig å fullbyrde, likeledes der man rent faktisk ikke har klart å forebygge følgene av handlingen. Det finnes også en del andre dommer som omhandler tvilstilfellene, noen av disse kommer jeg tilbake til under behandlingen av tilbaketreden fra de enkelte straffebud i punktet rett nedenfor.

3.3 Tilbaketreden fra strl. §§ 162, 192, 233 og 257, jfr. § 50.

Jeg ser ingen grunn til å gjengi ordlyden og forarbeidene til hvert enkelt straffebud på nytt.

Jeg nøyer meg derfor med å henvise til punktene hvor disse er behandlet (se nedenfor).

Dette medfører at den videre behandlingen omfatter eksemplene våre og rettspraksis.

⁷⁰ Rt. 1984 s. 1300.

3.3.1 Tilbaketreden fra strl. § 162

Lovens ordlyd og forarbeider er behandlet i punkt 2.5.1.

Foreligger straffri tilbaketreden for narkotikasmugleren i vårt eksempel som ombestemmer seg da han står i køen foran tollens, går ut av den og kaster stoffet?

Endrer det noe hvis personen ikke selv frakter stoffet, men er en del av en liga som forsøker å innføre narkotika til Norge, hvor hovedmennene blir tatt etter innførselen, fordi personen i vårt eksempel tystet?

Det er på det rene at det foreligger straffbart forsøk der personen i vårt eksempel ombestemmer seg da han står i køen foran tollens, jfr. punkt 2.5.1. Det er også utvilsomt et ufullendt forsøk. Det gjenstår noe å gjøre, han må passere tollens. Ut fra lovtekst, forarbeider og praksis skulle det da være en straffri tilbaketreden enten forholdet er oppdaget eller ikke, når han ombestemmer seg, går ut av køen og kaster stoffet, hvis han avstår av fri vilje.

Annerledes skulle det bli der personen i vårt eksempel tyster. Narkotikaen er allerede innført til Norge når hovedmennene blir tatt, og straffri tilbaketreden skulle derfor være utelukket for tysteren, da handlingen allerede er fullbyrdet. Det kreves jo at følgene faktisk blir forebygget; at stoffet ikke blir innført.

Straffri tilbaketreden er imidlertid blitt godtatt i et slikt tilfelle i Tysterkjennelsen, Rt. 1992 s. 1495⁷¹. Tiltalte ga detaljerte opplysninger om en forestående innførsel. Opplysningene førte til at den utenlandske hovedmannen ble pågrepet straks stoffet kom til landet. Det forelå derfor en fullbyrdet handling. I og med fullbyrdelsen skulle straffrihet for tysteren etter strl. § 50 være utelukket. Strl. § 50 annet alternativ ble imidlertid tolket utvidende slik at tiltalte ble frifunnet. Det ble lagt vekt på at den generelle tolkningen av bestemmelsen ville føre til resultater som var lite rimelige.

⁷¹ Rt. 1992 s. 1495.

Opplysningene tysteren kom med førte til at de skadelige følgene av handlingen ble fullstendig forebygget. Retten mente derfor at saken lå så nær de tilfellene som strl. § 50 annet alternativ tar sikte på, at den måtte få anvendelse i dette tilfelle.

Dommen bryter med tidligere praksis, og er således et eksempel på at domstolene kan være rettsskapende. Tilfellet var imidlertid spesielt. Det avgjørende syntes å være hensynet til straffverdigheten. Det var ikke rimelig at tysteren skulle straffes, når han faktisk klarte å forebygge de skadelige følgene av handlingen. Dette nødvendiggjorde en utvidende tolkning av strl. § 50, slik at forholdet kunne hjemles i lov. Dommen gir derfor grunnlag for at personen i vårt eksempel som tystet likevel kan oppnå straffrihet ved tilbaketreden, selv om handlingen er fullbyrdet.

3.3.2 Tilbaketreden fra strl. § 192

Lovens ordlyd og forarbeider er behandlet i punkt 2.5.2.

Foreligger straffri tilbaketreden for voldtektsmannen som har lokket med seg damen inn på rommet, holdt henne fast og revet av henne klærne, men så gir opp fordi han innser alvorret i det han er i ferd med å gjøre? Endrer det noe fra eller til at han gir opp fordi han får en legemlig svikt; mister ereksjonen?

Rt. 1988 s. 18⁷² gjaldt spørsmålet om det forelå frivillig tilbaketreden fra et voldtektsforsøk. Tiltalte sparket offeret flere ganger for å få det bevisstløst, slik at han lettere kunne gjennomføre voldtekten. Offeret skrek opp, noe som medførte at tiltalte avbrøt handlingen. Han mistet også ereksjonen.

Det ble lagt vekt på at det var kvinnens psykiske motstand som først og fremst fikk tiltalte til å avstå fra å gjennomføre voldtekten. Skrikingen gjorde det risikabelt å fortsette, idet den øket risikoen for å bli oppdaget. Dette skapte igjen redsel hos tiltalte, som gjorde at han mistet ereksjonen. Han hadde da ikke frivillig avstått fra voldtektsforsøket.

⁷² Rt. 1988 s. 18.

I vårt første eksempel ovenfor er det ikke noe som hindrer gjerningsmannen i å fortsette. Offeret skriker ikke, og det er ellers heller ingen andre forhold som øker sjansen for å bli oppdaget. Han gir opp fordi han innser alvoret i det han er i ferd med å gjøre. Det må derfor bety at han trer tilbake av fri vilje. Selv om straffen for forsøket bortfaller i dette tilfelle, vil det likevel være en fullbyrdet legemsfornærmelse (strl. § 228), eventuelt legemsbeskadigelse (strl. § 229) eller straffbar trussel (strl. § 227).

I vårt andre eksempel ovenfor der gjerningsmannen mister ereksjonen, blir det annerledes. Uansett om det er noe som forårsaker at gjerningsmannen mister ereksjonen (som skrikingen i dommen), eller om han mister den plutselig kan ikke ha noen betydning. Han er i begge tilfeller hindret fra videre gjennomførelse. Når han da trer tilbake, er ikke dette av fri vilje, men som følge av den legemlige svikten. Straffri tilbaketreden er derfor utelukket.

Det følger av dommen at der gjerningsmannen enten psykisk eller fysisk blir hindret fra videre gjennomførelse og derfor gir opp, foreligger ingen frivillig tilbaketreden. Skal tilbaketreden skje av fri vilje må han altså selv ta avgjørelsen, uten hindringer, som kan påvirke hans valg.

3.3.3 Tilbaketreden fra strl. § 233

Lovens ordlyd og forarbeider er behandlet i punkt 2.5.3.

Foreligger straffri tilbaketreden for gjerningsmannen som ligger på lur bak buskene, sikter på offeret og er i ferd med å trekke av da han får kalde føtter, trekker seg og går hjem?

Rt. 1989 s. 1075⁷³ omhandler tilbaketreden fra drapsforsøk. (Høyesterett tok ikke stilling til spørsmålet, siden det av domfelte bare var anket over straffutmålingen. Det som ble avgjort i herredsretten ble derfor lagt til grunn). Domfelte hadde under sterk beruselse, tildelt sin samboer et livstruende knivstikk i halsen. Det ble lagt til grunn at han handlet med

⁷³ Rt. 1989 s. 1075.

drapshensikt. Samboeren skrek opp da hun ble rammet. Domfelte besinnet seg og sørget straks for at hjelp ble tilkalt. Samboerens liv ble reddet.

Dette medførte at hans forhold ble betraktet som frivillig tilbaketreden. Han ble imidlertid dømt for legemsbeskadigelse (strl. § 229, 2.straffalternativ).

Det avgjørende syntes å være at gjerningsmannen avsto fra videre handling av fri vilje.

Selv om samboeren skrek opp, kunne han jo ha fortsatt å stikke henne til hun var død, eller latt henne ligge der til livet ebbet ut som følge av det livstruende stikket. Dette gjorde han ikke, men valgte selv å ringe etter hjelp. Siden hjelpen han tilkalte også medførte at livet til samboeren ble reddet, forebygget han de skadelige følgene av handlingen. Hun døde jo ikke. Konsekvensen av dette måtte derfor bli straffri tilbaketreden etter strl. § 50.

Ut fra dette er det utvilsomt at personen i vårt eksempel avstår av fri vilje. Han har ikke en gang rukket å skyte offeret. Selv om han ikke var langt fra å skyte (han var i ferd med å trekke av), gjorde han det ikke. Det er nettopp dette som viser at hans tilbaketreden skjedde frivillig. Han kan derfor oppnå straffrihet etter strl. § 50.

3.3.4 Tilbaketreden fra strl. § 257

Lovens ordlyd og forarbeider er behandlet i punkt 2.5.4.

Foreligger straffri tilbaketreden der tyven som er inne i butikken umiddelbart legger tilbake det han har puttet i sin lomme?

I Rt. 1924 s. 1149⁷⁴ hadde tiltalte tatt en koffert fra en jernbanestasjon da han trodde den inneholdt sprit. Da han til sin store skuffelse så at den inneholdt noe annet, brakte han den tilbake. Straffri tilbaketreden forelå ikke, da tyveriet var fullbyrdet i og med borttakelsen.

⁷⁴ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 5.utg. 2004 s. 360

Resultatet må bli det samme i vårt eksempel ovenfor, i og med at tyveriet er fullbyrdet når gjerningsmannen har lagt gjenstanden i lommen i den hensikt å ikke betale. Straffri tilbaketreden er da utelukket.

Straffnedsettelse etter strl. § 59 vil imidlertid være svært aktuelt her.

Men hvordan bedømmer man situasjonen der gjerningsmannens hensikt er å stjele fra biler, men gir opp fordi dørene er låst? Trer han tilbake frivillig?

Rt. 2005 s. 1625⁷⁵ omhandlet et slikt tilfelle. Tiltalte forsøkte å stjele mobiltelefoner fra to biler. Det viste seg at begge bilene var låst. Den ene bilen var en cabriolet. Tiltalte forsøkte der å stikke hendene mellom stofftaket (kalesjen) og karosseriet på bilen. Dette holdt han på med en stund, før han forlot stedet. Spørsmålet var om det forelå frivillig tilbaketreden. I forhold til kravet om fri vilje uttales det at ”gjerningsmannen må ha oppgitt forsøket til tross for at han mente å kunne oppnå sitt resultat ved å fortsette”. Det var ikke tilfelle i denne saken. Gjerningsmannen avsto fra videre handling fordi bilene var låst og fordi han ikke fikk hånden gjennom kalesjen. Det var umulig for han å fullbyrde tyveriet. Det var derfor åpenbart at tilbaketreden ikke skjedde av fri vilje. Tiltalte ble dømt for forsøk på tyveri.

Dommen bekrefter det som er sagt ovenfor i punkt 3.2.5 om at straffri tilbaketreden er utelukket når det er umulig å fullbyrde handlingen. Avståelsen skjer da ikke av fri vilje, men som en følge av at handlingen er umulig å fullbyrde.

Personen i vårt eksempel ovenfor vil derfor også være utelukket fra straffri tilbaketreden. Selv om han ikke prøver å ta seg inn i bilen via kalesjen, avstår han jo fordi bilene er låst. Avståelsen er derfor ikke frivillig.

Annerledes ville det nok ha blitt der gjerningsmannen ser at han kan klare å bryte opp låsene, men avstår fra videre handling fordi han ikke ønsker å bli stemplet som tyv.

⁷⁵ Rt. 2005 s. 1625.

Her gir jo gjerningsmannen opp forsøket til tross for at han mener han kan oppnå sitt resultat, eller sagt med andre ord det er tale om hindringer som han har rimelige muligheter for å overvinne. Tilbaketredenen skjer da av fri vilje, og straffrihet oppnås etter strl. § 50.

4 Komparativ rett

Forsøkslæren er et rettsområde hvor det foreligger ganske betydelige forskjeller mellom de nordiske land. Både i Sverige og i Finland er forsøkshandlingene kriminalisert, slik som hos oss. Forskjellen er at Sverige⁷⁶ og Finland⁷⁷ ikke har noen alminnelig regel om straff for forsøk. Lovgivningsteknikken er derfor slik at straffbart forsøk bare foreligger der det uttrykkelig fremgår av det enkelte straffebud. Det er imidlertid så mange straffebud som nevner forsøk, at den reelle forskjellen er liten.

I Sverige fremgår denne lovgivningsteknikken av bestemmelsen om definisjonen av forsøksbegrepet i BrB (brottsbalken) 23:1⁷⁸.

I likhet med norsk rett er det slik i Sverige⁷⁹ (BrB 23:2) og Finland⁸⁰ at det i særlige tilfeller er mulighet for straff for forberedelseshandlinger. Grunnen til dette er, som hos oss, at enkelte forberedelseshandlinger er ansett for å være særlig farlige.

Danmark går derimot svært langt i å kriminalisere forsøksstraff. Den danske straffelovens § 21 stadfester at også forberedende handlinger skal bedømmes som straffbart forsøk⁸¹.

Det er uttalt i dansk teori at bak denne bestemmelsen ligger et ekstremt subjektivistisk standpunkt. Det er altså gjerningsmannens subjektive skyld som blir helt avgjørende.

Det skal derfor svært lite til før en forberedelseshandling anses som straffbart forsøk, så lenge gjerningsmannen innehar tilstrekkelig forsett. Eksempelvis kan innkjøp av enn fyrstikkeske være straffbart forsøk på brannstiftelse etter dansk rett.

Danmark skiller seg derfor ut i stor grad, i forhold til de øvrige land som her er omtalt, når det gjelder forsøksansvaret.

⁷⁶ Jareborg, Nils. Straffrättens ansvarslära. Uppsala 1994, s. 76-77.

⁷⁷ Havansi, Erkki og Koskinen, Pekka. Finlands Straff- och processrätt. 2.upplagan 2002, s. 52.

⁷⁸ Leijonhufvud, Madeleine og Wennberg, Suzanne. Straffansvar, sjunde upplagan, Stockholm 2005, s. 113.

⁷⁹ Jareborg, Nils. Allmän kriminälrett. Uppsala 2001, s. 390-394.

⁸⁰ Havansi, Erkki og Koskinen, Pekka, Finlands Straff och processrätt. 2.upplagan 2002. s. 55

⁸¹ Greve, Vagn. Det strafferetlige ansvar. 2.udgave, Danmark 2004, s. 76.

I Norge er de utjenlige forsøkene straffbare. Unntak kan være aktuelt bare for de forsøkene som er absolutt utjenlige (middelet eller objektets art kan under ingen omstendighet føre til resultatet)⁸². Det samme syntes å være gjeldende rett i Danmark ut ifra teorien⁸³. I Sverige⁸⁴ og Finland⁸⁵ er det imidlertid slik at utjenlige forsøk som regel er straffritt. Hensynet bak regelen er at man ønsker å straffe bare de forsøk som det er grunn til å ta alvorlig.

I Norge skal straffen for forsøk i utgangspunktet være mildere enn straffen for fullbyrdet forbrytelse. Det angis ikke noen minimumsstraff; straffen kan settes under det bestemte lavmål for den fullbyrdede forbrytelsen og til en mildere straffart. Hvis særlige omstendigheter foreligger, kan likevel straffen for fullbyrdet forbrytelse anvendes. Dette er også gjeldende rett i Finland⁸⁶; forsøket skal straffes mildere enn fullbyrdet forbrytelse, men straffen for fullbyrdet forbrytelse kan anvendes i visse tilfeller. I Sverige fremgår det ikke av loven at forsøk skal straffes mildere. Der er maksimumsstraffen for forsøk det samme som straffen for fullbyrdet forbrytelse, og straffen kan ikke settes lavere enn til fengsel hvis den laveste straffen for den fullbyrdede forbrytelsen er fengsel i to år eller mer, jfr. BrB 23:1⁸⁷. I Danmark er også maksimumsstraffen for forsøk det samme som for fullbyrdet forbrytelse, men straffen kan nedsettes til lovens laveste bøtestraff, jfr. dansk straffelovs § 21⁸⁸. Det er altså bare Norge og Finland som hjemler at forsøksstraff skal straffes mildere. Sverige og Danmark nøyer seg med å hjemle en adgang til at dette kan skje. Dette medfører at dommerne står friere i disse landene ved straffutmålingen. Det er likevel grunn til å anta at forskjellen i praksis ikke vil bli så stor. For det første vil det kunne oppstå store bevismessige vanskeligheter med å straffedømme handlinger som er på det rene forberedende stadium. Dessuten kommer det faktum at straffverdigheten av en

⁸² Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett. 5.utg., 2004 s. 352.

⁸³ Nielsen Toftegaard, Gorm. Strafferett i ansvaret. København 2001, s. 170-173.

⁸⁴ Wennberg, Suzanne. Försök till brott. Stockholm 1985, s. 219- 220.

⁸⁵ Havansi, Erkki og Koskinen, Pekka. Finlands Straff- och processrätt. 2.upplagan 2002, s. 53.

⁸⁶ Havansi, Erkki og Koskinen, Pekka. Finlands Straff- och processrätt. 2.upplagen 2002, s. 52.

⁸⁷ Lijonhufvud, Madeleine og Wennberg, Suzanne. Straffansvar, sjunde upplagan, Stockholm 2005, s. 113.

⁸⁸ Nielsen Toftegaard, Gorm. Strafferett i ansvaret. København 2001, s. 174.

forsøkshandling jo er mindre enn en fullbyrdet forbrytelse, også der det er adgang til å benytte en like høy straff, og dette tar utvilsomt dommerne i betraktning ved straffutmålingen. Forskjellen er nok derfor mer formell enn reell.

Ved tilbaketreden fra forsøk er det ingen forskjell mellom de nordiske land. Alle landene har, som hos oss, straffopphørsregler ved frivillig tilbaketreden. Selv om bestemmelsene er utformet noe forskjellig, oppstilles de samme vilkår.

I Sverige har BrB 23:3 regler om ansvarsfrihet ved frivillig tilbaketreden. Det fremgår av svensk teori⁸⁹ at straffbart forsøk må foreligge. Videre skilles det mellom fullendt og ufullendt forsøk. Tilbaketreden må skje av fri vilje, og ved de fullendte forsøkene må gjerningsmannen i tillegg aktivt gripe inn for å forhindre at fullbyrdelse skjer.

Gjerningsmannen må heller ikke vite at han er oppdaget, da trer han ikke tilbake av fri vilje. Endelig er det forsøksstraffen som bortfaller ved tilbaketreden; overtredelse av andre straffebud blir derfor gjerningsmannen ansvarlig for (kvalifisert forsøk).

Det samme følger av finsk teori⁹⁰. I Danmark er også dette gjeldende rett, jfr. dansk straffelovs § 22 og teorien⁹¹, men der kreves bare at handlingen ikke er fullbyrdet, ikke at straffbart forsøk må foreligge. Grunnen til dette er at også forberedelseshandlingene der er straffbare; disse må man også kunne ha muligheten til å tre tilbake fra.

⁸⁹ Jareborg, Nils. Straffrättens ansvarslära. Uppsala 1994, s. 268-269 og s. 275-277.

⁹⁰ Havansi, Erkki og Koskinen, Pekka. Finlands Straff- och processrätt. 2. upplagan 2002 s. 54-55.

⁹¹ Nielsen Toftegaard, Gorm. Strafferett i ansvaret. København 2001 s. 180-187.

5 De lege ferenda betraktninger

Det er hensiktsmessig at regelen om forsøk er generelt utformet. Lovgivningen ville bli uhyre komplisert dersom det skulle fremgå av hvert enkelt straffebud hva som kreves for at også straffbart forsøk på handlingen som er beskrevet skulle foreligge.

Det er også praktisk å ha én alminnelig regel om forsøk. Loven blir da mer oversiktlig og man slipper å undersøke hvert enkelt straffebud om også forsøk på handlingen er straffbart, slik som i Sverige.

Rettstilstanden de lege lata er slik at det bare er de absolutt utjenlige forsøkene som kan bli straffrie; forsøk som på grunn av midlets eller objektets art under ingen omstendighet kan føre til målet. Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt det er formålstjenlig å straffe de utjenlige forsøkene overhodet. De utjenlige forsøkene medfører jo ingen objektiv fare for et fullbyrdet rettsbrudd. For eksempel kan det aldri bli et fullbyrdet tyveri der gjerningsmannen forsøker å stjele fra en tom lomme, og heller ikke et fullbyrdet drap der gjerningsmannen gir sin uvenn sukker i kaffen i den tro at det er dødelig gift eller der han uvisst lader geværet med en ufarlig plastpatron, skyter og bommer. Gjerningsmannen skrider riktignok til verket, men han benytter midler som utlukker fullbyrdelse av lovbruddet. Grunnen til at lovgiver likevel har valgt å straffe slike forsøk er at gjerningsmannen ved sin handling har utvist den onde vilje. Det subjektive forsøksprinsipp blir derfor helt avgjørende. Etter min mening er det uheldig å dra det subjektive forsøksprinsipp så langt. Selv om gjerningsmannen ved sin handling har utvist den onde vilje er de utjenlige forsøkene mindre straffverdige enn de vanlige forsøkshandlingene; de kan aldri føre til fullbyrdelse uansett hvor hardt gjerningsmannen prøver og bør derfor ikke belegges med straff.

Det kan også argumenteres for at det er uheldig at loven skiller mellom forseelser og forbrytelser. Alle straffbare handlinger som har en lav øvre strafferamme, enten de er forseelser eller forbrytelser, er mindre alvorlige lovbrudd som bærer preg av mindre straffverdighet. Forsøk på slike handlinger (som er enda mindre straffverdige), bør derfor

være straffritt. Straffverdighetshensynet tilsier altså at forsøksansvaret bør knyttes til en øvre strafferamme, og ikke til skillet mellom forseelsene og forbrytelsene.

Det kan videre diskuteres hvorvidt det er rimelig å ha en obligatorisk regel om at forsøk skal straffes mildere enn fullbyrdet handling. Straffverdigheten vil som regel være mindre på forsøksstadiet enn på fullbyrdelsesstadiet, men ikke alltid. Forsøk på drap kan for eksempel i enkelte tilfeller være like straffverdig som et fullbyrdet drap. Når gjerningsmannen som har fullbyrdelsesforsett om å drepe slår, sparker og knivstikker offeret slik at det er i ferd med å blø i hjel, men hvor døden blir reddet av en forbigående tredjemann som sørger for at offeret får hjelp, gjør han seg skyldig i en handling, som etter min mening, er like straffverdig som et fullbyrdet drap. Grunnen til at offeret ikke dør er en ren tilfeldighet, hadde ikke tredjemann kommet til, ville offeret blødd i hjel og fullbyrdet drap blitt konsekvensen. Gjerningsmannen har følgelig gjort alt som skal til for å drepe. Det er da vanskelig å se at straffverdigheten av hans handling er mindre enn ved fullbyrdet drap. Skulle straffverdigheten være mindre i dette tilfellet ville den jo avhenge av flaks (det at tredjemann kom), og ikke av den handlingen som gjerningsmannen har utført. Det bør derfor i slike tilfeller være anledning til å straffe forsøket likt med fullbyrdet handling. En slik anledning forutsetter at regelen blir fakultativ slik at forsøket kan straffes mildere. (Eksemplet her vil samtidig være et kvalifisert forsøk, men dette vil ikke ha noen innvirkning på mitt synspunkt.)

Det kan endelig stilles spørsmål ved om strl. § 50 om tilbaketreden er en god regel slik den står i dag. Den er kronglete formulert. Den skaper tolkningsspørsmål og gir etter min mening heller ingen god løsning på spørsmålet om tilbaketreden. De lege lata vil enkelte handlinger som bærer preg av formildende omstendigheter, og som derfor burde anses som straffri tilbaketreden, i dag ikke være det. Gjerningsmannen forsøker for eksempel å forebygge følgene av sin handling, men blir avbrutt av at en annen ved en tilfeldighet kommer han i forkjøpet. Her avstår gjerningsmannen fra å fullbyrde handlingen og gjør så godt han kan for å forebygge følgene, likevel oppnår han ikke straffrihet ved tilbaketreden fordi han ble avbrutt.

Ved slike og liknende tilfeller som bærer preg av formildende omstendigheter, der gjerningsmannen forsøker så godt han kan å vise at han ikke innehar det forbryterske forsett, bør det være adgang til å tre tilbake og oppnå straffrihet. Viktige hensyn bak bestemmelsen, er jo å motivere gjerningsmannen til å tre tilbake og belønne han dersom han virkelig gjør det. Jeg synes ikke disse hensynene er godt nok ivaretatt slik bestemmelsen er i dag. Bestemmelsen burde derfor ha et nytt ledd som gir en skjønnsmessig adgang til å oppnå straffrihet for forsøk, når formildende omstendigheter foreligger og ellers når det er rimelig. Bestemmelsen kan forøvrig stå slik den gjør, men bør skrives om til et moderne språk.

6 Noen ord om ny straffelov

I den nye strl. av 2005⁹², som enda ikke har trådt i kraft, er det gjort en del endringer blant annet i forhold til forsøksbegrepet, tilbaketreden og straffeutmålingen.

Forsøk og tilbaketreden er nå samlet i en ny bestemmelse. Bestemmelsen er klarere utformet og har til dels fått et litt annet innhold enn det som er gjeldende rett i dag.

§ 16 i straffeloven av 2005 lyder:

”Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd som kan medføre fengsel i 1 år eller mer, og som foretar noe som er ment å lede direkte til utføringen, straffes for forsøk, når ikke annet er bestemt.

Den som frivillig avstår fra å fullbyrde lovbruddet eller avverger at det blir fullbyrdet, straffes likevel ikke for forsøk”.

Det fremgår av forarbeidene⁹³ at skillet mellom forbrytelser og forseelser er forlatt, og at straffansvaret for forsøk nå avgrenses ved at det er knyttet til en øvre strafferamme.

Det fremgår jo av ordlyden at det kun er lovbrudd som kan medføre fengsel i 1 år eller mer som straffes for forsøk. Det er altså et minimums krav at straffen er 1 år.

Dette gjelder når ikke annet er bestemt. Noe annet kan derfor følge av det enkelte straffebudet i lovens spesielle del eller av spesiallovgivningen. Det kan der fremgå at forsøk er straffbart selv om lovbruddet ikke oppfyller minimumskravet som er fengsel i 1 år eller mer. Det kan også fremgå at forsøk ikke skal være straffbart selv om minimumskravet er oppfylt; fengsel i 1 år eller mer kan brukes.

Annet ledd regulerer tilbaketreden. Det fremgår av motivene at det som er nytt i forhold til gjeldende rett gjelder de fullendte forsøkene. Det er ikke lenger noe krav ved de fullendte forsøkene at gjerningsmannen trer tilbake før han vet at det forbryterske ved virksomheten er oppdaget. Momentet vil likevel ha betydning i vurderingen av om tilbaketreden er

⁹² Straffeloven, 20. Mai 2005, nr. 28.

⁹³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) under overskriften ”merknader til de enkelte bestemmelsene, § 16”.

frivillig. Det avgjørende vil være om gjerningsmannen regner med å kunne fullbyrde handlingen uten å bli tatt, til tross for at virksomheten er oppdaget. Dette vil være særlig aktuelt der den straffbare virksomheten er oppdaget, men ikke identiteten til gjerningsmannen.

For øvrig viderefører bestemmelsen gjeldende rett. Motivene fastslår derfor at juridisk teori og rettspraksis om §§ 49-50 i gjeldende straffelov fortsatt vil ha betydning.

Straffutmålingen ved forsøk reguleres i en ny samlebestemmelse i strl. av 2005 i en ny § 80 og den lyder slik:

”Straffen kan nedsettes under minstestrafen i straffebudet eller til en mildere straffart når lovbryster... b) dømmes for forsøk...”.

Forskjellen fra gjeldende rett er at bestemmelsen gjør det mulig å anvende lavere straff eller en mildere straffart enn det som følger av strafferammen i straffebudet. Etter gjeldende straffelov skal forsøk straffes mildere, etter den nye loven kan dette gjøres. Det betyr at straffen kan bli like høy ved forsøk som ved fullbyrdet handling.

Videre er annet ledd i gjeldende straffelovs § 51 fjernet. En adgang til å anvende like høy straff som den fullbyrdede handlingen fremgår i den nye lovens § 80 første ledd i en mye enklere form. Dette medfører at bestemmelsen er blitt svært forenklet og lettlest.

Det eneste som i følge motivene⁹⁴ er innholdsmessig identisk mellom gjeldende straffelov og den nye er gjeldende straffelovs § 51 første ledd annet alternativ. Etter at det i gjeldende straffelovs § 51 første ledd første alternativ fremgår at forsøk skal straffes mildere, fremgår det av første ledd annet alternativ at straffen kan nedsettes under minstestrafen eller til en mildere straffart. Det er altså bare denne siste setningen som er videreført i den nye loven.

⁹⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) under overskriften ”merknader til de enkelte bestemmelsene, § 80”.

7 Avslutning

7.1 Oppsummering

Hovedregelen i norsk rett er at forsøk er straffbart, jfr. strl. § 49.

Selve kjernen i det straffbare forsøket er at gjerningsinnholdet i straffebudet ikke er oppfylt, bare skyldkravet.

For å finne ut om et forsøk er straffbart må det trekkes en grense nedad mot de forberedende handlinger og oppad mot den fullbyrdede handling. Dette betegnes som den nedre og øvre grensen for forsøket. Den øvre grensen er mer eller mindre uproblematisk å fastsette. Er handlingen fullbyrdet er denne grensen overskredet. Den nedre grensen er imidlertid vanskeligere å fastsette fordi den er skjønnsmessig og vag. Forsøksbegrepet har derfor først og fremst fått innholdsmessig verdi gjennom rettspraksis. Hvorvidt det foreligger et straffbart forsøk eller straffri forberedelse beror på en konkret vurdering av gjerningsmannens handlinger sett under ett. Den vil hovedsakelig avhenge av om det gjerningsmannen har utført viser at han har tenkt å fullføre forbrytelsen. Momenter som vil være av betydning er om gjerningsmannens tanke har fått en eller annen ytre manifestasjon gjennom språk eller handling, hvor omfattende forberedelser som er foretatt, om handlingen tidsmessig ligger nær fullbyrdelse og om gjennomføringen av handlingen er nært forestående psykisk og fysisk. I tillegg er det et absolutt krav at gjerningsmannen har fullbyrdelsesforsett.

Andenæs har fortreffelig uttrykt at grensen må trekkes der gjerningsmannens opptreden viser at forberedelsenes og overveielsenes tid er forbi, og at han nå skrider til verket.

Hovedbegrunnelsen bak regelen om forsøk er at lovgiver ønsker å straffe den forbryterske vilje som gjerningsmannen viser at han har når han forsøker å begå en straffbar handling.

Forsøk skal etter gjeldende rett straffes mildere enn fullbyrdet handling, jfr. strl. § 51.

Hensynet bak regelen er at et forsøk ikke er like straffverdig som en fullbyrdet handling.

Hovedregelen i norsk rett er at forberedelseshandlingene er straffrie. Det er likevel enkelte unntak. Lovgiver har valgt å kriminalisere enkelte forberedelseshandlinger som har en særlig farlig karakter og som utad bærer preg av det forbryterske formål. Et eksempel er strl. § 233 om forbud mot å inngå avtale om drap.

Når det foreligger straffbart forsøk kan man oppnå straffrihet ved å tre tilbake fra den straffbare handlingen, jfr. strl. § 50. Ved de ufullendte forsøkene, der noe står igjen før fullbyrdelse skjer, må gjerningsmannen avstå av fri vilje. I dette ligger at han selv må ta valget, uten hindringer eller påvirkninger utenfra. Ved de fullendte forsøkene, der ingenting gjenstår å gjøre men hvor det vil ta en viss tid fra gjerningsmannes handling til fullbyrdelse skjer, kreves i tillegg at han faktisk forebygger de skadelige følgene av handlingen før det forbryterske ved virksomheten er oppdaget.

Selve kjernen ved tilbaketreden er at gjerningsmannen trer tilbake fra et allerede straffbart forsøk. Det er altså et pådratt straffansvar for forsøk som faller bort når vilkårene i bestemmelsen er oppfylt og gjerningsmannen oppnår straffrihet. Tilbaketreden er derfor en opphørsgrunn for pådratt straffansvar. Det er imidlertid bare det pådratte forsøksansvaret som faller bort, ikke straffansvar som eventuelt er pådratt fordi gjerningsmannen i samme handling har overtrådt andre straffebud (kvalifisert forsøk).

Hensynet bak regelen er at ved frivillig tilbaketreden foreligger ikke lenger den forbryterske vilje. Handlingens straffverdighet faller bort og straffrihet er derfor rimelig.

Det foreligger ganske betydelige forskjeller mellom de nordiske land når det gjelder forsøkslæren. Sverige og Finland har ingen generell regel om forsøk. Forsøk er derfor der bare straffbart når det fremgår av det enkelte straffebud. Derimot er de forberedelseshandlingene som er særlig farlige også kriminalisert i disse landene.

Det landet som skiller seg klart ut blant de nordiske er Danmark. Der skal også forberedende handlinger bedømmes som straffbart forsøk. Danmark opererer derfor med et svært strengt forsøksansvar i forhold til de øvrige land i Norden.

En annen forskjell er at utjenlig forsøk er straffbart i Norge og Danmark, men som regel ikke i Sverige og Finland.

Straffutmålingen ved forsøk er også noe forskjellig. I Norge og Finland skal forsøk straffes mildere, mens i Sverige og Danmark kan dette skje.

Ved tilbaketreten er rettstilstanden lik mellom de her nevnte land. Alle landene har som i Norge straffopphørsregler ved frivillig tilbaketreten.

De lege ferenda kan gode grunner tale for å endre noe på rettstilstanden slik den i dag er i Norge. Endringer til det bedre er også foreslått i den nye straffeloven av 2005. Der er forsøk og tilbaketreten behandlet i samme paragraf og skillet mellom forseelsene og forbrytelsene er forlatt. Ved tilbaketreten fra de fullendte forsøkene er det ikke lenger noe krav at gjerningsmannen trer tilbake før han vet at det forbryterske ved virksomheten er oppdaget. Gjerningsmannens mulighet for å tre tilbake er derfor noe utvidet. Dette er også rimelig ut fra straffverdighetshensyn.

Endelig kan forsøk straffes mildere enn fullbyrdet handling, men dette er ikke lenger noe krav. Forsøk kan derfor straffes likt med den fullbyrdede handlingen.

8 Litteraturliste

8.1 Bøker

8.1.1 Norsk litteratur

Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett. 5. utgave, Oslo 2004.

Andenæs, Johs og Bratholm, Anders. Spesiell strafferett, utvalgte emner. 3. utgave, Oslo 2004.

Andenæs, Johs. Formuesforbrytelsene. 5. opplag, Oslo 2003.

Bratholm, Anders. Strafferett og samfunn. 2. opplag, Oslo 1987.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan Helgesen, Oslo 2001.

Eskeland, Ståle. Strafferett. 2. utgave, Oslo 2006.

Gisle, Jon. Jusleksikon. 2. utgave, Drammen 1995.

Haaheim, Sjak R. Straffe! 1. utgave, Kristiansand 2005.

Husabø, Erling Johannes. Straffansvarets periferi. Bergen 1999.

Mæland, Henry John. Innføring i alminnelig strafferett. 3. utgave, Bergen 2004.

Slettan, Svein og Øie, Toril Marie. Forbrytelse og straff. Bind 1 innføring i strafferett, Oslo 2001.

8.1.2 Utenlandsk litteratur

Greve, Vagn. Det strafferetlige ansvar. 2. utgave, København 2004 (dansk).

Nielsen, Toftegaard, Gorm. Strafferett i ansvaret. 1. utgave, 1. opplag, København 2001 (dansk).

Havansi, Erkki og Koskinen, Pekka. Finlands Straff- och processrätt. 2. upplagan Helsingfors 2002 (finsk).

Jareborg, Nils. Straffrättens ansvarslära. Uppsala 1994 (svensk).

Jareborg, Nils. Allmän kriminälrett. Uppsala 2001 (svensk).

Lijonhufvud, Madeleine og Wennberg, Suzanne. Straffansvar, sjunde upplagan, Stockholm 2005 (svensk).

Wennberg, Suzanne. Försök till brott. Stockholm 1985 (svensk).

8.2 Artikler

Jussens venner, hefte 4 1985, s. 122-149 av Helge Røstad.

8.3 Register over Forarbeider

NOU -1983 -57. Straffelovgivningen under omforming. Oversikt over gjeldende rett til § 49, § 50 og § 51.

Ot.prp.nr.23 (1983-1984). Straffeloven mv. (narkotikalovbrudd, ran og heleri). Særskilte merknader til lovutkastet i punkt 4.1 til strl. § 162.

Ot.prp.nr.28 (1999-2000). Straffeloven mv. (Seksuallovbrudd). Endringene i straffeloven i punkt 16.1 til § 192.

Ot.prp.nr.90 (2003-2004). Straff (straffeloven). Merknader til de enkelte bestemmelsene i punkt 30 til §§ 16 og 80.

8.4 Lovregister

Kongeriget Norges Grundlov av 17. Mai 1814:

§ 96.

Kriminallova av 20. August 1842 (oppheva).

Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. Mai 1902, nr.10:

§§ 1, 2, 40, 49, 50, 51, 59, 94, 100, 104, 104 a, 147, 147 a, 148, 150, 151 a, 159, 161, 162, 162 c, 177, 192, 200, 223, 225, 227, 228, 229, 233, 233 a, 234, 257, 267, 269, 270, 271 og 291.

Vegtrafikkloven av 18. Juni 1965, nr. 4:

§ 22.

Tolloven av 10. Juni 1966, nr 5:

§§ 60- 65.

Viltloven av 29. Mai 1981, nr. 28:

§ 56.

Legemiddeloven av 4. Desember 1992, nr. 132:

§§ 22, 24.

Endringslov til straffeloven av 11. August 2000, nr. 76.

Straffeloven av 20. Mai 2005, nr. 28:

§§ 16 og 80.

8.5 Domsregister

Rt. 1894 s. 484 (Kjøttlår-dommen).

Rt. 1911 s. 604.

Rt. 1924 s. 1149.

Rt. 1939 s. 890 (Loft- kjennelsen).

Rt. 1950 s. 2 (Hovind-drapet).

Rt. 1951 s. 498 (Konfekt-mord dommen).

Rt. 1952 s. 742.

Rt. 1960 s. 1274.

Rt. 1971 s. 667.

Rt. 1975 s. 397.

Rt. 1979 s. 1265.

Rt. 1980 s. 1373.

Rt. 1984 s. 375.

Rt. 1984 s. 1300.

Rt. 1984 s. 1320.

Rt. 1988 s. 18.

Rt. 1989 s. 1075.

Rt. 1991 s. 95.

Rt. 1992 s. 1495 (Brevsjekker – kjennelsen).

Rt. 1993 s. 916 (Koffein-dommen).

Rt. 1995 s. 17 (Parykkpyroman 1).

Rt. 1995 s. 1738 (Politigissel-kjennelsen).

Rt. 1996 s. 766 (Parykkpyroman 2).

Rt. 1998 s. 462.

Rt. 2000 s. 1978.

Rt. 2001 s. 661.

Rt. 2001 s. 1713.

Rt. 2005 s. 556.

Rt. 2005 s. 1521.

Rt. 2005 s. 1625.

